

کتب خطی - باب الهبة ۶۷۳

فصل في الصدقة ٦٩٩

الرجوع في البقرة ٦٨٧

٦٩٦ لـ _____



نہ اب الا جارات ۷۰۰

باب الاجارة على احد الشرطين ٧٤١

— الاجر متى يستحق ٧٠٤

باب _____ اجارة العبد ٧١٥٦

vi • J _____

باب الاختلاف في الراج

بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ

باب فسخ الاجار ٧٤

وما یكون خلافا فیہا ۷۱۲ :

۷. مسائل منشور

..... الاجارة الفاسدة ٧٢١

باب ————— ضمان الاجير ۷۳۵



کتاب دار، المکاتب ۷۸۹

باب من يكاتب عن العبد ٧٨٤

۷۶. در فصلی که در آن...

باب كتابة العبد المشترك ٧٨٨

باب — ما يجوز للمكاتب

باب موت المكاتب.

ان يفعله ومالا يجوز ۷۷۰

وعجزة وموت المبولى

فصل _____ ۷/۴

فصل ۷۸

كتب باب البغى ٨٠٦

فصل في ذل المولاة ٨١٤

كتب باب الاكراه ٨١٧

فصل في

كتب باب الحجر ٨٢٢

باب الحجر بسبب الدين ٨٢٦

باب الحجر للنساء ٨٣٦

فصل في حد الباغ ٨٤٥

كتب باب المأذون ٨٥١

فصل في ٨٧٣

كتب باب الغصب ٨٧٦

فصل في غصب مالا يتقوّم ٩٠٥

فصل فيما يتغير بعمال الغاصب ٨٨٥

فصل في ٨٩٥

كتاب الرجوع عن الشهادات ٤٠٥

كتاب الوكالة ٤١٥

٤٥٥	فصل	٤٢٦	باب الوكالة بالبيع والشراء
٤٥٩	باب الوكالة بالخصومة والقبض	٤٢٦	فصل في الرأء
٤٧١	باب عزل الوكيل	٤٤٣	فصل في التوكيل بشراء نفس العبد
		٤٤٦	فصل في البيع

كتاب الدعوى ٤٧٨

٥١٦	باب ما يدعيه الرجلان	٤٨٤	باب اليمين
٥٣٦	فصل في التنازع	٤٩٤	فصل في كيفية اليمين والاستتلاف
٥٤٢	باب دعوى النسب	٤٩٧	باب التحالف
		٥١٤	فصل فيمن لا يكون خصما

كتاب الاقرار ٥٥١

٥٧٦	باب اقرار المريض	٥٦١	فصل
٥٨١	فصل ومن اقر غلام يواد مثله لمثله	٥٦٤	باب الاستثناء وما في معناه

٨٨

كتاب الصلح

٦٠٨

فصل في الدين المشترك

٨٩١

فصل

٦١٢

فصل في التخرج

٨٩٧

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

٦٠٠

باب الصلح في الدين

٦١٦

كتاب المضاربة

٦٣٨

فصل فيما يفعله المضارب

٦٢٩

باب المضارب يضارب

٦٣٨

فصل آخر

٦٣٣

فصل

٦٤٨

فصل في الاختلاف

٦٣٤

فصل في الغزل والتسمة

٦٥٠

كتاب الرديعة

٦٦٢

كتاب العارية

فهرس الهداية والكفاية

المجلد الثالث



كذاب اليدوع . ا

١٤٢	باب المراجعة والتولية	٢١	فصل
١٤٢	فصل	٢٨	باب خيار الشرط
١٤٨	باب السهر بوا	٥٢	باب خيار الرؤية
١٨٠	باب الحقوق	١٣	باب خيار العيب
١٨٣	باب الاستحقاق	٨٨	باب البيع الفاسد
١٨٧	فصل في بيع الفضولي	١٢٢	فصل في احكامه
١٩٨	باب السلم	١٣٢	فصل فيما يكره
٢٢٨	مسائل منشورة	١٣٣	نوع منه
		١٣٦	باب الاقالة



کتب باب الصرف ۲۳۹

كتـ _____ اب الكفالة ٢٩٥

فصل في الضمان ٢٨٧ | باب كفالة الرجلين ٢٩٣

کتاب الحوالة ۲۹۹

کتب ادب ادب القاضی ۳۰۶

مسائل شتی من کتاب ادب القاضی ۳۳۳

٣٤٣ فصل في القضاء بالمواريث

فصل آخر ۳۵۵

فصل في الحبس ٣١٣

باب كتاب القاضي الى القاضي ٣١٧

فصل آخر ۳۲۱

باب التحكم ۳۳۱

كتبت: باب الشهادة ٣٨٧

فصل في الشهادة على الأثر ٣٩٣

باب الشهادة على الشهادة ٣٩٥

۴۰۳ فصل

فصل ۲۶۸

بام من تقبل شہادتہ من لا تقبل ۳۷۳

باب الاختلاف في الشهادة. ٣٨٦

(كتاب البيوع)

البيع ينقذ بالاجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماصي مثل ان يقول احد هما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف

مباح في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغلب فساد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراخي واليه اشار بقوله تع ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض راما سببه فتعلق البقاء المتدور بتعاطيها وقد عرف في اصول الفقه والمال كنهه فالاجاب والقبول على ما يجي واما شرطه فانواع منها في العاقبة وهو ان يكون عاقلا مميزا ومعتبرا في الآلة وهو ان يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو ان يكون مالا متقدما وان يكون مقدورا للتسليم ومنها التراضي ومنها شرط الحكم وهذا الملك او الولاية واما حكمه ووضعه بقصد اذ ملك وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا الا مانع وقوله الا مانع احتراز عن تصرف المشتري في البيع ثمال القبض بالبيع وذلك ممتنع مع كونه مأكلا لسهي النبي عم من بيع ماله بقبض واما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعق القريب وملك المتعد في التجارئة والخيارات المبتنى في البيع فاحكام البيع لكن بطريق المضمن *

قوله البيع ينقذ بالاجاب والقبول الانعقاد عبارة عن انضمام كلام احدا للعاقدين الى الآخر والبيع عبارة عن اثر شرعي يظهر في المحل عند الاجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف واليه اشار بقوله البيع ينقذ حيث لم يقل البيع هذان اللذان والاجاب عبارة عما يتقدم من احدا للعاقدين من قولهما بعت واشتريت والدليل عليه ما ذكره مطلقا بعد هذا بقوله واذا اوجب احدا المتعاقدين البيع والمراد من الاجاب ههنا هو الاثبات لان يكون المراد منه الزام حكم على وجهه ياتم صاحبه عند تركه لانه لا ولاية لاحدهما على الآخر فبقوله بعت يثبت كلام نفسه او يثبت الجواب على الآخر اما بالرد او بالقبول وذلك لان لا يجاب فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب اي التحقق والثبوت فان قوله بعت قبل ان يتكلم (به)

(كتاب البيوع)

والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينقد به ولا ينعقد بلغظين احدهما
لنظ المستقبل والآخرا لفظ الماضي بخلاف النكاح وتقدم الفرق هناك وقوله رغبته
او اعطيتك بكذا او خذ بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لا يؤولدي معناه والمعنى هو المعتمد
في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة *
قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فلا خيرا بالخيار

به البائع كان في حين الجواز فلما قال بعت فقد صرف ذلك الجواز الى الثبوت فكان
هو مثبت الكلام او مثبتا للجواب على الآخر فعلى الموجد الاول ان ينبغي ان يسمى التبول
ايجاب ايضا الان المشتري لما قبل ما اوجب البائع يسمى قبل لا لتمييز بين السابق واللاحق *
قوله والإنشاء يعرف بالشرع وهو اثبات ما لم يكن ثابتا لان الواضع لم يضع للإنشاء
لنظا خاصا فاستعمل اللفظ الذي وضع للإخبار عن الماضي لإنشاء وإنما خص بلفظ
الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا لا رخصة فكان الوجود حقا له
بمقتضى الحكمة فاذا قصد الإنشاء اختيار اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار
عن الماضي * **قوله** ولا ينعقد بلغظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه لو قال
زوجني فقال الولي زوجته ينقد النكاح والفرق ان النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة
وهما يدلان على ان المراد الحال اما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله ابيعك مدة وبغني استيما
وطلبا وذا لا يدل على الوجود لا محالة ولان قوله زوجني نفسك تفويض العقد اليها
فيجعل توليها زوجت عقدا تاما لان بكلام الواحد ينعقد النكاح اذا كان ما مورابه وذا لا يأتى
في البيع لان بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين اذ لم يكن احدهما موليا عليه من الآخر
ولا يلزم عليه انه لو قال خذ بالالف فان البيع ينعقد به لانه امره بالخذ بالالف وليس له ولاية الامر
بالخذ بالالف الا بالبيع فيثبت البيع اقتضاء كانه قال بعتك بكذا فخذ * **قوله** في النفيس
والخسيس وهو الصحيح المراد من النفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء ومن الخسيس ما يقل (ثمنه)

(كتاب البيوع)

أن شاء قبل في المجلس وأن شاء ردة وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضا وإذا لم يُفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر

ثم إنه كالقبول والرمانة واللحم والخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فإنه قال إنما ينعقد البيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الأشياء الخسيسة والنخيسة في ذلك سواء لأنه وجد التراضي وهو المعتبر في الباب إلا أنه لما كان باطنا أقيم الإيجاب والقبول مقامه لدلالة التراضي والتعاطي أدل على الرضا منهما والشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني رحمه الله وقيل الإعطاء من أحد الجانبين يكفي *

قوله أن شاء قبل في المجلس خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس وعند الشافعي رحمه الله على الفور **قوله** المشتري يحتاج إلى التأمل والتروي أنه هل يوافقهم أم لا فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر * **قوله** لخلوه عن إبطال حق الغير فإن قيل تعلق به حق المشتري فوجب أن لا يتمكن من إبطاله كمن عجل الزكاة إلى الساعي قبل تمام الحول فإنه لا يتمكن من استرداده قبل تمام الحول لتعلق حق الفقير به وكذا الوقضي المكفول عنه المال إلى الكفيل قبل أن يعطي الكفيل إلى صاحب المال شيئا ليس للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل لتعلق حق الكفيل به على اعتبار قضاء الدين من ماله فلنا ما الزكاة فالنصاب قبل تمام الحول علة تشبه السبب فتعلق حق الفقير بالمعجل نظرا إلى وجود أصل العلة وما الكفاية فلان الكفيل وجب له إلى المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ولهذا أصبح إبراء الكفيل للمكفول عنه قبل أداء الكفيل والإبراء عن الدين (قبل)

(كتاب البيوع)

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتي اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معني *

قبل الدين لا يصح الا ان المطالبة تنأخر الى وقت الاداء فيكون بمنزلة الدين الموجل فملكه بقبضه واما هنا فبمجرد ايجاب البيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملك ولا حق قبل شرائه غاية الامر انه يثبت للمشتري حق التملك ولكن هذا لا يعارض حقيقة الملك فلولا ان يكون للموجب الرجوع يلزم تعطيل حق المالك بحق التملك وهذا لا يجوز الا ترى ان للاب حق التملك في مال الابن ثم قبل تملكه بجوز له التصرف كيف ما شاء واراد *

قوله والكتاب كالخطاب وهو ان يكتب فيقول اما بعد فقد بعث عبد ي فلانا منك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت اوقال قبلت تم البيع بينهما وكذا الارسال وهو ان يرسل رسولا فيقول البائع بعث هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت اوقال قبلت تم البيع بينهما لان الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينقذ وكذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة فاما في الخلع والعق علي مال فانه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى علي قبول الآخر ورأء المجلس بالاجماع حتي ان من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة علي الف درهم فبلغها الخبر فجازت اوقبلت صح وكذا الاعناق علي مال يتوقف علي اجازة العبد وان كان غائبا بخلاف البيع والشراء فانه لا يتوقف فاما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند ابي حنيفة ومحمد رح وعلي قول ابي يوسف رح يتوقف **قوله** وليس له ان يقبل في بعض المبيع واذا اوجب البائع البيع في شيئين او ثلاثة واراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الآخر فهذا علي وجهين ان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك وهذا لان الصفقة اذا كانت واحدة فالمشتري (يقبول)

(كتاب اليعوق)

قال وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب

بقبول العقد في أحدهما يريد تفريق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الردي إلى الجيد في البياعات وينقصون شيئاً عن ثمن الجيد لترويج الردي بالجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما والمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الردي على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع وقال القندوري رح إلا أن يرضى البائع في المجلس نحو أن يقول بعثك هذا العبد بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فيرضى به البائع أو يقول بعثك هذين القفيزين بعشرة فيقول المشتري قبلت في أحدهما فيرضى به البائع أو يقول بعثك هذين القفيزين بعشرة فيقول المشتري قبلت في أحدهما فيرضى به البائع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف إيجاب لا قبولاً فإذا رضي به البائع في المجلس يصح قال وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال في العبد الواحد وفي القفيزين لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء فتكون حصة كل قفيز معلومة فاما إذا كان الثمن ينقسم باعتبار القبة نحو أن أضاف العقد إلى عبيدين أو ثوبين لم يصح العقد إذا قبل المشتري في أحدهما وإن رضي به البائع لأن القبول من المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء إيجاب فإذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة لوجاز البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا يجوز ولو قال بعثك هذين العبيدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري البيع في أحدهما ذكر في بعض المواضع أنه يجوز وذكر في الجامع أنه لا يجوز إلا أن يقول بعثك هذين العبيدين بعثك هذا بمائة وبعثك هذا بمائة فقبل المشتري أحدهما جازاً ما إذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول أحدهما وإن سمي لكل واحد منهما ثمناً فعلى هذا قوله في المتن إلا أن يبين ثمن كل واحد لأنه صفقت بمعنى أي إلا أن يدرج (تكرار).

(كتاب البيوع)

لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا * واذا حصل الاجاب،
والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح
يثبت لكلوا حد منهما خيار المجلس لقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

تكرار لفظ العقد لان به تعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد ثم لا بد من بيان اتحاد الصفقة
وتفرقها فنقول اذا اتحد البيع والشراء والثنان بان ذكر الثمن جملة والبائع واحد
والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك لو تفرق الثمن بان سمي
لكل بعض من المبيع ثمنا على حدة واتحد الباقي بان قال البائع بعتك هذه الانواب العشرة
كل ثوب منها بعشرة كانت الصفقة متحدة ايضا وكذلك اذا كان البائع واحدا والمشتري
اثنيين والثنان ذكر جملة بان قال البائع لرجلين بعتهما هذا منكما بكذا او قال المشتريان اشترينا
هذا منك بكذا كانت الصفقة متحدة وهذا هو الكلام في الاتحاد واما الكلام في جانب التفرق
فنقول ان تفرقت التسمية بان سمي لكل بعض ثمنا على حدة ويكرر البيع او الشراء
وبائع واحد والمشتري واحد بان قال البائع لرجل بعتك منك هذه الانواب العشرة
بعشرة وبعتك هذا بخمسة او قال المشتري اشتريت منك هذه الانواب اشتريت هذا بعشرة
واشتريت هذا بخمسة كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق واما اذا تفرق الثمن الا انه لم يكرر لفظ
البيع والشراء واختلف العاقدان كان من احدا الجانبين اثنين او كان من كل جانب اثنين ذكر
في بعض المواضع انها صفقة واحدة وذكر في بعض المواضع انها صفتان قيل الاول استحسان
والثاني قياس وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قول صاحبيه رح * ذكر في المغرب
الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه *

قوله لان القيام دليل الاعراض فان قيل اذا قال بعد القيام قبلت كان ينبغي
ان ينقذ لان الصريح اقوى من الدلالة قلنا ان رجحان الصريح على الدلالة
انما يكون عند المعارضة وذلك انما يكون قبل ان ثبت الحكم بالدلالة فلما ثبت (حكم)

(كتاب البيوع)

ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعد ها او يحتملة فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال

حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الاعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وان كان هو قويا في نفسه لانه انفسه بمجرد القيام ما كان متوقفا والمفسوخ لا تلحقه الاجازة *

قوله ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر لان العقد لما تم بالايجاب والقبول ثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من ايهما كان ابطال حق الآخر بلا رضاه فلا يجوز كما بعد الافتراق من المجلس **قوله** والحديث محمول على خيار القبول والتفرق تفرق الاقوال اي اذا اوجب احدهما البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل وللموجب خيار الرجوع عما قال قبل قبول صاحبه وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرقا قولا فان تفرقا قولان قال احدهما بعث والاخر اشترت لم يبق الخيار بعده **قوله** وفيه اشارة اليه اي في الحديث اشارة الى خيار القبول فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعد ها ولا قبلها كالمقارنين والمناظرين وتحقيقه ان الاحوال ثلث حالة لم يوجد فيها الايجاب والقبول وحالة وجد فيها وحالة وجد فيها احد هما فاطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الاولى والثانية مجاز باعتبار مايؤول اليه او باعتبار ما كان فبقيت الحالة الثالثة اذ هي جامعة قريبة الى الحقيقة اذ الشارع ابقى الايجاب مادام في المجلس ليرتبط بالقبول فان قيل بعد وجود كلاهما ابقاها الشارع متبايعين لما ان الشارع اعطى للعقد الشرعية حكم الجواهر لما عرف قلنا الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما لا حقيقة كلامهما فان الكلام كما وجد يضمحل ويتلاشى فان قيل ذكر ابن عمر رضي الله عنهما ان التفرق تفرق الابدان قلنا تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون ردا لاحتمال آخر كيف قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما فان قيل ففي كل واحد من المحملين اعني ما حملته الشافعي وما حملناه نوع مجاز (اعني)

(كتاب البيوع)

قال والامواض المشار اليها لا يحتاج اليها معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة *

اما فيما حمله الشافعي فما ذكره واما فيما قلنا فهو ان التفرق من الاوصاف فقيامها لا يكون الا بالاعيان فلو اسند التفرق الى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز الا ان يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك ان يسند التفرق الى البدن ليكون قولنا بحقيقة التفرق قلنا نعم كذلك الا ان اسناد التفرق الى غير الاعيان شائع وفاش في مجاري الكلام فصار هو بسبب فشوا الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال تعالى لا تفرق بين احد من رسله هذان في الاعتقاد قال وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته هذا في النكاح وقال هم تفرق امتي بعدي على ثلثة وسبعين هذا ايضا في الاعتقاد فكان الحمل على القول حملا على ما هو فاش في الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث انه يتسارع اليه الافهام وصيانة لاسم المتياعين من الحمل على ما ذكرنا * وذكر في الاستاذ ان المراد من الخيار المذكور خيار الاقالة بدليل انه اضاف اليهما وانما الاقالة بشراة تتعلق باختيارهما جميعا لا الرد بخيار المجلس * وذكر في الايضاح ولا كلام للشافعي رح من حيث الفقه ان قضية العقد للزوم لانه تم بهما وتعلق به حق كل واحد منهما فثبتت الخيار يستدعي سببا لامحالة ولم يوجد وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رح **قوله** او يحتمله اي يحتمل الحديث خيار القبول فيحمل عليه عند قيام الدليل وتعدل عليه ما ذكرناه * **قوله** والامواض المشار اليها هذا يتناول الحجرين وغيرهما ثمنا كان او مثنى لان الاشارة كافية في الكل اذ هي ابلغ اسباب التعريف الا في الاموال الربوية فان الامواض اذا كانت من الاموال الربوية كالدراهم والدنانير والجنطة والشعير اذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وان اشير اليها **قوله** في جواز البيع احتراز عن السلم لان معرفة (مقدار)

(كتاب البيوع)

والايمان المطلق لا يصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل * **قال** ويجوز البيع بثمن حال وموجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاماً الى اجل معلوم ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالب به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها *

قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالمبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فمح يصرف اليه تحرياً للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها

مقدار رأس المال شرط فيه عند ابي حنيفة ربح اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره * **قوله** والايمان المطلق اي الكاملة في الثمنية وهي الحجران لانهما خلقا للثمنية او اراد به غير المشار اليها الوجهين احدهما انه ذكر في مقايله المشار اليه والثاني ان ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشار اليه وان لم يكن هو مخلوقا للثمنية فلا يبقى لذكر الاطلاق فائدة * والاموال ثلثة ثمن محض وهو ما يكون مقوماً لنفسه ولغيره وسلعة محض وهو ما لا يكون مقوماً لنفسه ولغيره ودائر بينهما وهو ما يصلح ثمناً اذا كان موجلاً كالمكيل والموزون * وصورة الايمان المطلق قبل بيان القدر والصفة ما اذا قال اشتريت هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه وكذا لو قال بالدرهم وبيان القدر ان يقول عشرة او خمسة وبيان الصفة ان يقول بخاري او سمرقندي **قوله** وكل جهالة هذه صفتها وهي كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز من جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان مجهول القدر ومشار اليه وكما لو باع عبداً من عبيد علي ان المشتري بالخيار وكما لو باع ثياباً من صبرة طعام مشار اليها **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع (اي)

(كتاب البيوع)

كالثنائي والثلاثي والنصري اليوم بسمو قندبوا الاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المألية * **قال** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربو اولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشا به جهالة القيمة *

قال ويجوز بائنا بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تقضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بناذر قبله فتتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رجا انه لا يجوز في البيع ايضا الاول اصح واظهر * **قال** ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رجا الا ان يسمى جميع قفزاتها

اي ذكر القدر دون الصفة بان قال اشتريته بعشرة دراهم ولم يقل انها بخارية او سمرقندية فانه لو لم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين المسئلة الاولى قبل الاستثناء ولو ذكر من تلك المسئلة بعد الاستثناء وهي قوله والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون مع بيان صفة

قوله كالثنائي والثلاثي بان يكون النقد الواحد احاديا وهو ان يكون الواحد منه درهما والاخر ثانيا وهو ان يكون الاثنان منه درهما والاخر ثانيا وهو ان يكون الثلث منه درهما فمالية الاثنين او الثلث كمالية الواحد من الاحادي ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهما في ذلك العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم الى احد الاشياء وهو الواحد من الاحادي والاثنان من الثنائي والثلث من الثلاثي فصح العقد على الدرهم المطلق **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه هذا انما يفيد فيما اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وان كان في جنس واحد حتى لو باع نصف من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز كذا في الذخيرة * **قوله** ومن ابي حنيفة رجا (انه)

(كتاب البيوع)

وقال يجوز في الوجهين له أنه تعذر الصرف الي الكل لجهالة المبيع والتمن فيصرف
الى الاقل وهو معلوم الا ان نزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس
وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالا جماع ولهما
ان الجهالة بيد هما ازالتهما ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبيدين علي ان المشتري
بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار

انه لا يجوز في البيع ايضا لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة
وبذلك القدر ففي المجازفة الملعود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر الملعود عليه
ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم يكن
المكيل معلوما وعن ابي يوسف رح في بيع المعين ان عين مكيا لا ينكس بالكس
كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا
لا ينقبض ولا ينسط كالقصعة ونحوها يجوز *

قوله وقال يجوز في الوجهين اي سمي جملة القفزان ولم يسم **قوله** لجهالة المبيع
والتمن فان قيل سلمنا ان فيد جهالتهما ولكن الجهالة انما تفسد البيع اذا كانت مفضية
الى المنازعة وهذه ليست بمفضية اليها لان كل قفيز مقابل بدرهم وقد تراضيا به فبعد ذلك
لا يتفاوت بين ان تكون الصبرة مائة قفيز او لم تكن قلنا قد تفضي الى المنازعة لان البائع
يطالب من المشتري قبض الثمن اولا والتمن غير معلوم وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجب
عليه من الثمن لان ذلك انما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان **قوله** ولهما ان الجهالة
بيد هما ازالتهما ومثلها غير مانع فان قيل بل مثلها مانع ايضا كما في البيع بالرقم فانه فاسد
وان كانت ازالة الجهالة بيد هما قلنا انما فسد البيع بالرقم لان فيه زيادة جهالة تمكنت
في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو سببه بمنزلة القمار
لانه يحتمل ان يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم او اكثر او اقل وعن هذا (قال)

(كتاب البيوع)

لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كمل في المجلس او سمي جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن ،
فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع *

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رح وان علم بالرقم في المجلس لا يتقلب
ذلك العقد جائز ولكن ان كان البائع دائماً على الرضى فرضي به المشتري ينقذ
بينهما عقد ابتداءً بالتراضي واما في مسلتنا قد را المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك
يعلم بكيل المشتري فكان ازالة الجهالة بيدهما فيجوز واما جواب ابي حنيفة رح
من بيع عبد من عبد ين ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحساناً بالنص
والاصل عند ابي حنيفة رح ان كلمة كل متى اضيفت الى ما لا يعلم منتهاه تتناول
ادناه وهو الواحد كما لو قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد وكذا اذا اشترى
صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم وكذلك اذا آجر داره كل شهر يلزمه العقد في شهر
واحد وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوماً بالاشارة اليه واما فيما يعلم جملة
بالاشارة فالتقدير يتناول الكل كما لو كان معلوم الجنس بالتسمية لان الاشارة ابلغ
في التعريف وههنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل عندنا ولا جهالة في ثمن
كل واحد منها والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي الى المنازعة وفي الفوائد الظهيرية
فان قيل ما ذكره ابو حنيفة وصاحبه رح ينتقض بما اذا قال كل امرأة اتزوجها فهي
طالق او قال كل عبد اشترته فهو حر فانه ينصرف الى كل امرأة يتزوجها والى كل
عبد يشتره فينبغي ان لا يجوز هذا على ذلك الاصل المذكور اتفاقاً قلنا نحن ندعي
ذلك فيما يجري فيه المنازعة لا فيما لا يجري فيه النزاع *

قوله لتفرق الصفقة عليه فان قيل ينبغي ان يكون للبائع الخيار ايضا لتفرق الصفقة عليه
ايضا قلنا لتفرق في حقه جاء من قبله لامتناعه عن الكيل للكل فكان راضياً به فان قيل ينبغي
ان لا يكون للمشتري الخيار على قول ابي حنيفة رح لان شراء الصبرة يقع على قفيز (واحد)

كتاب البيوع

قال ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة ربح وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا أكل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل ما قلنا وعندنا ينصرف إلى الواحد لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز لل تفاوت وبيع قنبر من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تنضي الجاهل إلى المنازعة فيه وتنضي اليها في الأول فوضح الفرق *

قال من ابتاع صبرة طعام على أنها مائة تفيز بمائة درهم فوجدها أنل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصنفه عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وإن وجدها أكثر فالزيادة للبايع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أوارضا على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أنل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك لأن الذراع وصف في الثوب لا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض

واحد عنده فربما أنه اشترى تفيزا من صبرة وثمة لا يكون له الخيار قلنا هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل فقيه فكيف العامي فإذا لم يكن المشتري عالما بأن العقد واقع على تفيز واحد وقد علم الآن بثبت الخيار عند العلم كما لو قيل أو سمي جملة ففزانها في المجلس بمنزلة ثبوت الخيار للمشتري فيما لم يره ثم رآه لأن الثمن كان مجهول القدر عنده وإنما انكشف الحال في مقدار الواجب عليه ثمنا في الحال فيتخير لاجله ويسمى هذا خيارا لكشف *

قوله والقدر ليس بوصف أعلم أن المشائخ ذكروا في الفرق بين الأصل والوصف حدوبا قيل إن ما يتببب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان غير أصل وقيل الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والأصل ما لا يكون بهذه المثابة وقيل إن ما لا ينتقص الباقي فهو أصل وما ينتقص الباقي بذاته فهو وصف فعلم بهذا أن القدر في المكبلات والموزونات أصل والذراع (في)

(كتاب البئوع)

والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذ به بكل الثمن بخلاف
الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذ به بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف
المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضاء
قال وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صنفه فكان بمنزلة
ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم

في المذروعات وصف فاذا انتقص قفيز من مائة قفيز لا يتعيب الباقي ويشترى الباقي بالثمن
الذي كان بحصته مع القفيز الواحد واليد والعين اذا فاتتا ينتقص قيمة النفس وكذا الذراع الواحد
من الثوب او الدار اذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه فان الغبائي
اذا كان خمسة عشر ذراعا ويشترى بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة اذرع منه
لا يشتري الباقي بعشرة دنانير *

قوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن دل عليه ان الجارية اذا عورت في يد البائع قبل
القبض لا يسقط شيء من الثمن وكذا للمشتري ان يبيعها مرا بحة بالثمن الاول من غير بيان
فان قيل الاوصاف لو لم يقابلها شيء من الثمن وجب ان لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد
حتى ان رجلا لو اشترى عبدا فاعتقه او مات عنه ثم اطلع على انه لم يكن اصابع يده تامة
يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف قلنا
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما اما حقيقة
فكما اذا باع عبدا فنقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع
واما حكما فبان يكون امتناع الرد لحق الشارع ولحق البائع اما حق البائع فكم اذا تعيب المبيع
عند المشتري واما حق الشارع فكم اذا زاد المبيع بان كان ثوبا فخاطه ثم وجد به عيبا فالوصف
منه صار مقصودا باحد هذين ياخذ قسطا من الثمن كذا في الفوائد الظهيرية **قوله**
كاطراف الحيوان كما اذا اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم * (قوله)

(كتاب البيوع)

وهو المعين دون الملعاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة رَحْمَةُ اللَّهِ بَيْنَ مَا
إِذَا عَلِمَ جُمْلَةَ الذَّرْعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ هُوَ الصَّحِيحُ خَلَا فَا لِمَا يَقُولُهُ الْخَصَافُ لِبَقَاءِ الْجِهَالَةِ

قوله وهو المعين أي الذي وقع عليه الذراع معين إلا أنه مجهول لأن الخشبة تحل
مكاناً معيناً فيكون مجازاً عن المعين لأن الجزء الشائع لاستحالة ذرعه وإنما الجهالة
في أن تلك العشرة في أي موضع من الدار في صدرها أو أسفلها أو في غير ذلك
بخلاف السهم لأن عشرة أسهم شائع في الكل فلم يلزم فيه جهالة تقضي إلى المنازعة
فكان صاحب عشرة أسهم شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبهما
منها وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في أي موضع كان
فلا تؤدي إلى المنازعة **قوله** خلا فاما يقوله الخصاف رحمه الله ذكر الخصاف في هذه
المسئلة أن فساد المبيع عند أبي حنيفة رَحْمَةُ اللَّهِ الجِهَالَةُ جُمْلَةُ الذَّرْعَانِ فَا مَا إِذَا عَرَفْتَ مَسَاحَتَهَا
بِجُوزٍ عِنْدَهُ وَجَعَلَ هَذِهِ الْمَسْئَلَةَ عَلَى قِيَاسِ مَا لَوْ بَاعَ كُلُّ شَاةٍ مِنَ الْقَطِيعِ بِعَشْرَةِ أَنْصَافٍ
حَدَّ جُمْلَةَ الشَّاةِ مَعْلُومًا بِجُوزٍ عِنْدَهُ وَأَنْ لَمْ يَكُنْ مَعْلُومًا لَا يَجُوزُ * وَذَكَرَ أَبُو زَيْدٍ الشَّرْطَ أَنَّ
أَنْ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحْمَةُ اللَّهِ الْبَيْعُ فَاسِدٌ وَأَنْ عِلْمَ جُمْلَةِ الذَّرْعَانِ وَهُوَ جَوَابُ الْجَامِعِ الْمَعْرُوفِ
وَهُوَ الصَّحِيحُ **قوله** لِبَقَاءِ الْجِهَالَةِ أَيِ الْجِهَالَةِ بَاقِيَةِ عِلْمِ جُمْلَةِ الذَّرْعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ فَالْمُشْتَرِي
يُطَالِبُهُ مِنْ مَقْدَمِ الدَّارِ وَالْبَائِعُ يَسْلَمُ مِنْ مُؤَخَّرِهَا فَتُؤَدَّى إِلَى النِّزَاعِ وَمِمَّا يَوْضَحُ الْفَرْقَ
بَيْنَ السَّهْمِ وَالذَّرْعِ أَنَّ ذَرْعًا مِنْ مِائَةِ ذَرْعٍ وَذَرْعًا مِنْ عَشْرَةِ أَرْعَاءٍ سَوَاءٌ وَسَهْمٌ مِنْ عَشْرَةِ
أَسْهُمٍ لَا يَوَازِيهِ سَهْمٌ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ شَمْسِ الْأُتَمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحْمَةُ اللَّهِ
وَلَمْ يَذْكُرْ هَهُنَا وَلَا فِي الْبَيْعِ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَرْعَاءٍ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ وَلَمْ يَقْلُ مِنْ مِائَةِ
ذَرْعٍ كَيْفَ الْحُكْمُ فِيهِ عَلَى قَوْلِهِمَا مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ الْعَقْدُ بِمَنْزِلَةِ
مَا لَوْ اشْتَرَى سَهْمًا مِنْهَا وَالْإِصْحَاحُ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ هَذِهِ الْجِهَالَةَ لَا تَقْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ
فَإِنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَذْرَعَ جَمِيعَ الدَّارِ حَتَّى إِذَا كَانَتْ مِائَةُ ذَرْعٍ عِلْمُ أَنَّ الْمُبْتَاعَ عَشْرَهَا (وَأَنْ)

(كتاب البيوع)

ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة واحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمننا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة ربح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما

وان كان خمسين ذراعا علم ان المبيع خمسها بخلاف ما لو اشترى سهما منها ولم يقل من كذا كذا سهما لان تلك الجهالة لا يمكن دفعها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة اسهم العشر اما في الذراع فزاله الجهالة ممكنة *

قوله ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة واحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن اما في فصل النقصان فلجهالة الثمن لانه يحط ثمن ثوب واحد وثمان ثوب واحد مجهول لانه اذا لم يسم لكل ثوب ثمننا فالثمان انما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدري في قيمة الغائب بيقين اذ لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا حتى يطرح عن المشتري قيمته فاذا صار له حصة الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولا ضرورة وهذا لا يصورنا الغائب جيدا تنقص حصة الباقي ولو صورناه رديا تزيد حصة الباقي فوضح ان ثمن التسعة مجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع واما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع لان المبيع عشرة من احد عشر اذ الزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع وبيع عشرة من احد عشر فاسد للجهالة المفضية الى المنازعة وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع ولا يدري اي ثوب يرد على البائع الجيد ام الردي فالبائع يطالبه بالجيد والمشتري يرد الردي وجهالة المبيع توجب فساد البيع . **قوله** ولو بين لكل ثوب ثمننا بان قال كل ثوب بعشرة فان نقص صح بقدره لان المبيع معلوم كانه مشار اليه والثمان معلوم ايضا لانه متى سمي لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهي العشرة فتكون حصة الباقي معلومة بخلاف (ما)

(كتاب البيوع)

وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطاً للجواز العقد في الهروي
وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعذ ومن فافتراً * ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة
اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح
في الوجه الاول ياخذة بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذة بتسعة ان شاء
وقال ابو يوسف رح في الوجه الاول ياخذة باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة
ان شاء وقال محمد رح ياخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير
لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه

ما اذا لم يسم ثمناً لان حصته الغائب لا تعلم انها عشرة ام تسعة ام احدى عشر فجها لله تؤثر
في جهالة الباقي وله الخيار ان شاء اخذ كل ثوب بما سمي وان شاء ترك لانه ربما
يكون الباقي رد يا والغائب جيد او المشتري انما رغب في الردي لمكان الجيد فيتضرر
بتفريق الصفقة قبل التمام فيتخير دافعاً للضرر عنه وان زاد فسد لان العقد تناول العشرة
فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالة يصير المبيع مجهولاً واكثر مشائخنا على
ان الجواز في فصل النقصان قولهما اما عند ابي حنيفة رح فالتعقد فاسد لان العقد فسد
في البعض لمفسد مقارن وهو عدم المعقود عليه اذ لا سبب للفساد ثوبين من عدم المعقود عليه
والعقد متين فسد بنفسه مقارن للعقد بنفسه عنده في الباقي كما لو جمع بين حر وعبد
او اشترى ثوبين على انهما هزويان وبين ثمن كل واحد منهما فوجد احدهما مروياً
فان العقد يفسد عنده فيهما والعقد متين فسد في الكل اذا وجد احدهما خلاف جنس
ما سمي فلا ينفسد ههنا ولم يوجد احد ما سمي اصلاً او لم يسم الا ثمة السرخسي رح
الاصح ان هذا قولهم لانه انما فسد العقد في الكل ثمة لوجود العلة المفسدة وهي انه
جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً لقبوله في الآخر ولم يوجد ههنا لانه ما جعل
قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود ولا تصد ايراد العقد على المعدوم (وانما)

(كتاب البيوع)

فيجري عليه حكمها ولا يبيوسفرح انه لما فرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولا يحنيفه ر ح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

وانما تصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسألة الهروييين لانه جعل ثمه قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرط القبول في الآخر وهو شرط فاسد وكذا في مسألة الحر لانه شخص موجود يتحقق الاضافة اليه والقبول فيه فيصير ذلك شرطا فاسدا ولا كذلك ههنا لان القبول يشترط في المعلوم **قوله** فيجري عليه اي فيجري على النصف حكم المقابلة وفي بعض النسخ فيجزأ عليه من التجزية وهو ظاهر **قوله** فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة وفي الذخيرة وما قال ابو حنيفة ر ح اصح لان الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مر وانما يصير اصلا بدقا بلغة الثمن به والمقابلة متيدة بالذراع فاذا عدم الذراع لم تثبت جهة الاصل فبقيت العبرة لكونها صفة فصارت زيادة نصف ذراع زيادة في زيادة صفة الجودة فيسلم له من غير ثمن واما الجواب عن قول محمد ر ح بان الدرهم لما قوبل بالذراع كان نصف الدرهم مقابلا بنصف الذراع ضرورة بان يقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صار اصلا باعتبار الافراد بمقابلة الافراد واسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقتضبة على موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع الى اصله وهو الصفة وهذا هو الجواب ايضا عن قول ابي يوسف ر ح وما ذكر ان الذراع وصف فهو في الثوب الذي يتفاوت جوانبه وفيما يضره التبعض كالقميص والسر اويل والعمائم والاقبية اما اذا اشترى كرباسا لا يتفاوت جوانبه على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فاذا هو واحد عشر لا تسلم له الزيادة وعلى هذا اذا باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يغين موضعه بجوز كما اذا باع قفيزا من الصبرة * (قوله)

(كتاب البيوع فصل)

قوله ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعها ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء

قوله فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف فان قيل لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت بحث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حنت بعد انهدام البناء لان الكل ينتقي بانتفاء الجزء مع ان الايمان مبنية على العرف فكان اعتبار العرف هناك اليق من الاعتبار هنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغوا والم تكن داعية الى اليمين فان كانت داعية الى اليمين تعتبر الاتوى ان من حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنت وقد اعتبرت الصفة في المعين لان صفة الرطوبة داعية الى اليمين فقد يضرب الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل لحمه بعد ما صار كلبا يحنت وصفة البناء غير داعية الى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلقت اليمين بالاسم وهو باق بعد الانهدام فيحنت بعده وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما تشتري للسكنى ولا سكنى بلا بناء فبناء اصل البناء في الشراء عرفا * **قوله** ولانه متصل به اتصال قرار والاصل ان العرصة اصل في الدار لان قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلا بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لا اتصال البناء بالعرصة اتصال قرار وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع الدار بلاذ كر الا اذا كان شيئا جريا لعرف بين الناس ان البائع يسامح به فح يدخل بلاذ كر ولهذا قلنا ان الغلق يدخل في البيع بلاذ كر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء فصارت كتب موضوع في الدار وفي الاستحسان يدخل للعرف اذ البائع لا يمنعه عن المشتري بل ينسلمه مع الدار عرفا والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسريز كالسلم * (قوله)

(كتاب البيوع فصل)

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل فشابه المنة الذي فيها ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمرة للبائع إلا أن يشترط المنة لقوله عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المنة ولأن الاتصال وإن كان خلقه فهو للقطع لا للبناء فصارت الأرض ويقال للبائع أقطعها وسلم المبيع وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفرغه وتسليمه كما إذا كان فيه منة وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد وفي العادة إن لا يقطع وصار كما إذا انقضت مدة الاجارة وفي الأرض زرع فلهاهاك التسليم واجب أيضا حتى يترك باجرو تسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكره ما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمنة ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكما أن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المشافرو المناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق

قوله ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل بخلاف الحمل حيث يدخل في بيع الأم لأنه جزء الأم فيدخل وإن كان بعرض الفصل **قوله** ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل وقيل يدخل وفي شرح القدروري وشرح القاضي الإمام الأسيجا بي رح أن الزرع إنما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكره إذا لم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمة ما إذا نبت ولم تصر له قيمة بعد يدخل وقيل لا يدخل والأول أصح وفي فتاوى الفضلي إذا باع أرضا فيها زرع لم ينبت فإن كان البذر قد عفن في الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع فإن سقاها المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعله وكذلك إذا نبت ولم يقوم بعد واختيار الفقيد أبي الليث (أنه)

(كتاب البيوع فصل)

لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هوله فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يد خلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها خلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به *

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبد صلاحها والا اول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا وبشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو امانة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تاهى عظمها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح لما قلنا واستحسنه محمد رح للعادة

انه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض نصا او دلالة كذا في الذخيرة **قوله** لانهما ليسا منهما اي الزرع والثمر ليسا من المرافق والحق لان الحق يذكر لما هو تابع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد اليه الا لاجل المبيع كالشرب والطريق والمرافق لما يرتفق به اي ينتفع به ويختص به ومن التوابع كالموضوع والمطبخ ومسبل الماء **قوله** ولم يد خلا لما قلنا وهو قوله لانهما ليسا منهما **قوله** ومن باع ثمرة ولم يبد صلاحها بان لم يصلح لتناول بني آدم و علف الدواب وقيل لا يجوز قبل ان يبد صلاحها لانها مستحق القطع اذا لا يصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتفعا بها حالا وما لا فلم يصح **قوله** او هو صفقة في صفقة وهو امانة او اجارة في بيع لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض الثمن فهو اجارة مشروط في البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من الثمن فهو امانة مشروطة في البيع **قوله** وكذا اذا تاهى عظمها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح لما قلنا اي انه شرط لا يقتضيه العقد ولا حد المتعاقدين فيه منفعة ومثله يفسد العقد وهذا لانه يحصل في المبيع زيادة جودة وطراوة وللمشتري (فيه)

(كتاب البيوع فصل)

بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض او الشجر ولو اشترها مطلقا وتركها باذن البائع طاف له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدها تنهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة وان اشترها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاف له الفضل لان الاجارة باطلة

فيه نفع والمعتاد الترك بلا شرط لا شرط الترك وفي الاسرار الفتوى على قول محمد ر ح * **قوله** بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض والشجر وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع فكأنه ضم المعدوم الى الموجود واشترها ففسد العقد ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب انه لا يصح عندنا خلاف ذلك رح وكان شمس الائمة الحلواني والفضلي رح يفتيان بالجواز في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود اصل في العقد وما يحدث بعده تبعاً استحساناً للتعامل الناس وقد روي عن محمد ر ح في بيع الورد على الاشجار انه يجوز ومعلوم ان الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض والاصح انه لا يجوز كذا في المبسوط لانه جمع في العقد بين الموجود والمعدوم والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود غير معلومة وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا اما في الباذنجان والبطيخ فلانه يمكن ان يبيع اصولهما حتى يكون الحادث على ملك المشتري ولا ضرورة في بيع الثمار لانه يمكنه ان يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي الى وقت وجودة فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم **قوله** لان هذا تغير حاله كتغير اللون والطعم والثمار اذا ضارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها ولكن النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها الا عدل الشمس والقمر والكواكب فلهذا قال محمد ر ح استحسان جواز (قوله)

(كتاب البيوع فضائل)

لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشترى مطلقا ثمرة ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لان لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اشترى بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى منها ارطالا معلومة خلافا لما لك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معلوما لان الباقي معلوم بالمساهدة قال رضى قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ان يراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد ويبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه

قوله لعدم التعارف والحاجة لان التعارف لم يجز فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولهذا الواستأجر نخلا ليحفظ عليه الثياب لا يجوز ولا حاجة لانه يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها على الاشجار **قوله** فبقي الاذن معتبرا فان قيل الاذن ثبت في ضمن الاستيجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه قلنا الاذن في الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم المصحح والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك في الاجارة الفاسدة لان الفاسد ما كان موجودا باصله فائتابوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في ضمنه فيفسد الاذن فيتمكن الخبيث * **قوله** لان الاجارة فاسدة للجهالة اي لجهالة مدة الادراك فيصير المعتقد عليه مجهولا فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحرق وقد تأخر الادراك اذا طال البرد **قوله** ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى منها ارطالا معلومة سواء كان على الشجر او بعد الجز خلافا لما لك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وهذه (الجهالة) ..

(كتاب البيوع فصل — ل)

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحَنْظَلَةِ فِي سَبُلِهَا وَالباقلي في قشره وكذا الارز والسَّمْسَمُ وَقَالَ الشافعي رَح
لَا يَجُوزُ بَيْعُ الباقلي الاخضر وكذلك الجوز واللوز والفسق في قشره الاول عنده وله
في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه

الجهالة تفضي الى النزاع اذ المشتري يطالب بالاجود والبائع يسلم الارداً على انه
يحتمل ان الموجود ليس الا هذه الارطال المستثناة وصح في ظاهر الرواية لان الاصل
ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد كما لو استثنى قفيزاً
من صبرة وما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناءه من العقد كما لو استثنى عضواً من الشاة
ونحوه وهذا لان الاستثناء استخراج بعض ما يتاوله الكلام في حق الحكم فانما يصح
في محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصوداً او بيع قفيز من صبرة جائز فكذا الاستثناء
وبيع الحمل واطراف الحيوان لا يجوز فكذا الاستثناء وهذا لان الحكم فيه ثبت بعلة
الاصل فلا يستقيم استخراجُه عن العقد والدليل الموجب في حقه قائم *

قوله ويجوز بيع الحنطة في سبلها الخ فان قيل اذا باع حب قطن في قطن بعبينه او باع
نوى تمر في تمر بعبينه لا يجوز مع انه موجود في غلافه كالحنطة في سبلها قلنا اشار
ابو يوسف رَح الى الفرق بينهما فقال لان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى
انك تقول هذه حنطة وهي في سبلها ولا تقول هذا حب وهو في القطن وانما تقول
هذا قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي الاصل انه اذا باع شيئاً
وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سبلها وسائر الحبوب في سبلها
والذهب في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كما لو باع لبناً في البصرع
او لحم في الشاة او شحمها او ليتها او اكارعها او جلودها او باع دقيقاً في هذه الحنطة وزيتاً
في هذا الزيتون او دهن في هذا السمسَم او عصيراً في هذا العنب من الاشياء التي في خلقها
بحيث لا يمكن اخذها وقبضها الا بافساد الخلقة فلا يجوز البيع فيها * (قوله)

(كتاب البيوع فصل)

فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه ما لا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربوا لأنه لا يدري قدر ما في السنبل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها لأنه يدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذا لا ينتفع به بدونه

قال وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكيلة وكذا أجرة العداد والوزان والذراع وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد بن رحلان النقد يكون بعد التسليم لا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المغيب ليرده

قوله فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه أي تراب الفضة تراب الفضة أو بالفضة وتراب الذهب بتراب الذهب أو بالذهب وهو تراب يجتمع في موضع يصاغ فيه الذهب والفضة **قوله** نهى عن بيع النخل أي بيع ثمر النخل **قوله** حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية **قوله** كالشعير يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع **قوله** وفي مسئلتنا أي في بيع الحنطة في سنبلها لو باعه بجنسه أي باع الحنطة في سنبلها بحنطة في سنبلها لا يجوز لشبهة الربوا لأنه لا يدري قدر ما في السنبل **قوله** إذا لا ينتفع به أي بالغلق بدونه أي بدون المفتاح فإن قيل الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر الحقوق قلنا شري الدار قد يكون مقصودا بدون الطريق لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتركة وأما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا (عن)

(كتاب البيوع فصل باب خيار الشرط)

وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيضكون عليه

قال واجرة وزان الثمن على المشتري لاني انا هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اول الان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع

الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه لا يتعين بالتعيين تحقية للمساواة **قال** ومن باع سلعة بسلعة

او ثمنًا بثمن قيل لهما سلما معا لا ستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

* باب خيار الشرط *

قال خيار الشرط جائز في البيع للمشتري والبائع ولهما الخيار ثلاثة ايام فمادونها

عن المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا استاجر دارا يدخل الطريق بدون الذكر *

قوله في رواية ابن سماعة عنه اي عن محمد بن علي المشتري وبه كان يفتي

الصدرا والشهيد رح **قوله** تحقيقا للمساواة اي في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية

ايضالا لان الدين انقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرتها فللمشتري ان يمتنع

عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا في المغني والله اعلم

* باب خيار الشرط *

البيع نوعان لازم وهو الاصل وغير لازم وهو الذي فيه الخيار وهذه الاضافة من باب اضافة الحكم

الى سببه كصلوة الظهر اذ لولا الشرط لما ثبت الخيار والموانع انواع ما يمنع انعقاد العلة كاضافة

البيع الى الحر وما منع يمنع تمام العلة كبيع مال الغير وما منع يمنع الحكم كخيار الشرط

وما منع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية وما منع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب وبيان

ان خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم ان الشرط من حل على الحكم دون السبب لان

الاثباتات لا تقبل التعليق بالشرط فجعلنا الشرط داخلا على الحكم دون السبب فينتج السبب

ويتعلق الحكم قليلا بالتعليق حتى لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه (بشرط)

(كتاب اليه ع باب خيار الشرط)

والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رض كان يغبى في البياعات فقال له النبي عليه السلام إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقال لا يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن ولا يبي حنيفة رح أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وإنما جوزه لأنه بخلاف القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة إلا أنه إذا أجاز في الثلث جاز عند أبي حنيفة رح خلافاً لزفر رح هو يقول أنه انعقد فاسداً فلا ينتقل جائزاً

بشرط الخيار للبائع تحلل اليمين لا إلى جزاء حتى لو اشتراه بعد ذلك بيعاً باتاً لا يعتق عليه فلو لا انعقاد السبب لما انحلت اليمين ولو لا مانعية ثبوت الحكم لثبت العتق **قوله** حبان بن منقذ بفتح الحاء المهملة وبالباء بنقطة واحدة تحتانية وقد كان يغبى في البياعات لما مومة أصابت رأسه من الخلابة الخداع يقال خلبه بمنطقة إذا مال قلبه بالطف القول وغبنه في البيع أي خدعه والغبن ضعف الرأي يقال ربل غيبين الرأي ومعنى قوله لا خلافة أي العدول من البيع إلي الخيار ليس مني غرور وخداع لك بل المقصود التروى ويحتمل أنه لا خلافة من جهة البائع لي يعني إثبات الخيار لي حتى أتروى وأدفع الغبن عن نفسي إن كان في هذا البيع **قوله** فصار كالتأجيل في الثمن أي جوز قلبه وكثيره وإن كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة **قوله** فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة وذكر في المبسوط وأبو حنيفة رح استدلل بالحديث بأن النبي عم قدر الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعي إنما يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فإن اشتراط الخيار دون ثلثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة إذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة (وفي)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وله أنه اسقط المفسد قبل تقررته فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن الفسـ
باعتبار اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل إن العقد يفسـ
بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسداً ثم يرفع الفساد بحذف الشرط وهذا
على الوجه الأول * ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا ينع بينهما جار
والى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحم وقال محمد رحم يجوز إلى
أربعة أيام أو أكثر فإن نقد في الثلث جاز في قولهم جميعاً

من
وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد به
خيار الرؤية أو خيار العيب وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين *

قوله اسقط المفسد قبل تقررته فيعود جائزاً كما لو باع جذعاً في السقف ثم نزع وسلمه أو باع
بالرقم وأعلمه في المجلس الرقم في الأصل الكتابة والختم والتأجير رقم الثياب أي يعلمها
بأن نمنها كذا والمراد من البيع بالرقم هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال أو غيره
بأن ثمن الثوب كذا درهما ولا يعلم المشتري ذلك القدر فيقول صاحب الثوب أو الدلال أو غيره
بعتك هذا الثوب برقمه فقال المشتري قبلت من غير أن يعلم مقداره ينعقد البيع فاسداً
ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزاً بالاتفاق وهذا
عند أهل العراق من أصحابنا رحم فإن عندهم ينعقد العقد فاسداً أو يرفع الفساد بحذف الشرط
والأوجه أنه موقوف فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو مذهب أهل خراسان
واليه مال الإمام السرخسي رحم **قوله** وهذا على الوجه الأول هو قوله وله أنه اسقط المفسد
يعني أن القول بانقضاءه فاسداً ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد إنما يستقيم على
التعليل الأول وأما على التعليل الثاني وهو قوله ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع
إلى آخره فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد بحذف الشرط لأنه لم ينعقد فاسداً إذا المفسد
هو اتصال اليوم الرابع ولما أجاز في الأيام الثلاثة علم أن العقد كان جائزاً من الأصل (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماثلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة ر ح على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثالث وكذا محمد ر ح في تجويز الزيادة وابو يوسف ر ح اخذ في الاصل بالاثروفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر ر ح وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا **قال** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمرضاة فلا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع

قوله والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار في المقصود لانه يكون ثمة مخيرا في الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء وشرط الخيار جوز لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير انه جعل ترك النقد امانة الفسخ والنقد امانة الامضاء كانه قال ان شئت اجزت العقد فانقد الثمن الى ثلاثة ايام وان شئت افسخه فلا انقد وفي الحاجة اذ كما يحتاج ثمة الى التروي في المبيع هل يوافق ام لا يحتاج ههنا الى التامل في الثمن هل يصير منقودا ام لا فان قيل لو سكت ثمة حتى مضت المدة تم البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة يفسخ البيع فلا يكون في معناه قلنا الحاجة ماسة الى انفساخ العقد متى لم ينقد الثمن ليدفع ضمن عدم النقد فكان ملحقا به من حيث الحاجة الى دفع الغبن **قوله** وابو يوسف ر ح اخذ في الاصل اي في شرط الخيار بالاثرو وهو ما روي ان ابن عمر رض اجاز الخيار الى شهرين وفي هذا اي في الزائد على ثلاثة ايام في خيار النقد بالقياس لان القياس في شرط الخيار ما قاله ابو حنيفة ر ح وانما تركناه باثر ابن عمر رضي الله عنهما ولا اثر ههنا فبقي على اصل القياس **قوله** بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بي لتعلق الاقالة بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح منها فيه مفسد بان قال بعثك هذا العين على ان تقبله لم يصح وهذه اقالة صحيحة لانها غير معلقة ونذكر في الفوائد الظهيرية ثم انه ان لم ينقد الثمن الى انقضاء ثلاثة ايام يفسد البيع (ولا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق **قال** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقال يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك

ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ ثم لو كان مثل هذا الشرط للبائع بان اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن اليه ثلثة ايام فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ ولو اعتقه البائع ينفذ

قوله فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة وقال ابن ابي ليلى رح لا شيء عليه لانه امين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانا نقول البائع ماضى بقبضه لا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الضمان الاصيلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصيلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري على ما يجي **قوله** وفيه القيمة اي في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى **قوله** اعتبارا بالصحيح المطلق اي بالبيع الصحيح المطلق من الخيار (اذا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

ولا عهد لنا به في الشرع ولا يحنيفة روح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بان يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك زجل واحد حكماً للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر *

اذا هلك المبيع في يد البائع ينفسخ البيع فان قيل ما فائدة قيده بالصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك قلنا اجراء لتصرفات المسلمين على ما هو الا ليق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة *

قوله ولا عهد لنا به في الشرع اي غير معهود في شريعتنا ان يكون الشيء مملوكاً ولا مالاً له فان قيل متولي الوقف اذا اشترى عبداً لخدمة للكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري قلنا غير معهود في الشرع اي في باب التجارة وما ذكره من النقص ملحق بتوابع الاوقاف من المنقولات والحكم في الاوقاف كذلك ولانه مبقى على حكم ملك الواقف ولهذا يكون الثواب له **قوله** حكماً للمعاوضة اخترز به عن الضمان في غصب المدبر فان المدبر المغصوب اذا ابق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر وبدلته وهو الضمان في ملك المولى قلنا ذاك ضمان جنائية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب ان لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة وفي الفوائد الظهيرية ما قاله ابو حنيفة روح من كون الشيء مملوكاً ولا مالاً له مشروع في الجملة كما في العبد المشتري لخدمة الكعبة وما قاله من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع اصلاً فكان التعويل على ما قاله ابو حنيفة روح وذكر الامام الترمذ في روح ويجوز ان يخرج : -
الشيء عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرقة من الدين يزول (عن)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعري عن مقدمته عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف *

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار

عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة لكن في قوله يزول عن ملك الميت منع اذا تركه مبقاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه *
قوله وكذا اذا دخله عيب اي يلزم العقد ويجب الثمن هذا اذا كان عيبا لا يرتفع كما اذا قطعت يده واما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعة كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلثة واما اذا مضت الثلثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح **قوله** ووجه الفرق انه اذا دخله عيب اي اذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب يمنع الرد ويطل الخيار لما ذكرنا انه تعذر عليه الرد كما قبض سليما من العيب وكذلك في الهلاك لانه لما اشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم البيع وهو قائم نلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفعله او بفعل اجنبي او بآفة سماوية او بفعل المبيع لانه محجز عن رده كما قبض بهي وجه تعيب صفة فسقط خياره بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان اشرف على الهلاك فخير البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضي به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فيفسخ العقد ضرورة اذ لو لم يبيع فيه للزم بعد موته وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء **قوله** ومن اشترى امرأته قيد بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه يعين كونها بكرا او ثيبا في انه يكون مختارا للبيع بالوطي بالا جماع سواء نقصه الوطي او لم ينقصها * (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وان وطئها له ان يرد ها لان الوطئ يحكم النكاح الا اذا كانت بكر لان الوطئ ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح وقال لا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يرد ها لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف وقال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجزأ به من الاستبراء عنده وعندهما يجزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

قوله وان وطئها له ان يرد ها اي وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطئ اما اذا نقصها فليس له الرد وان كانت ثيبا **قوله** بخلاف ما اذا قال ان اشتريته حيث يعتق عندهم جميعا لانه كالمنشئ للعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوه الشرط فان قيل لو كان كالمنشئ للعتق لوقع عتق المجلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة اذا اشتراه ناويا عن الكفارة قلنا انما جعلناه كالمنشئ تصحيحا للجزاء اعني قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالمنشئ في حق الجزاء جعله كالمنشئ في صحة نية الكفارة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** ان حيض المشتراة في المدة لا يجزأ به من الاستبراء عنده وذكر في شرح الطحاوي فحاضت عنده بعد القبض في مدة الخيار وحصل بعض الحيضة في مدة الخيار فاغتاز صارت للمشتري ولا يجزأ بتلك الحيضة من الاستبراء عند ابي حنيفة رح وعندهما يجزأ بها **قوله** لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياسا ولا يجب استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه لم يتقرر واجمعوا على ان العقد لو كان با تائم فسيخ العقد بينهما بلغالة او غيرها ان كان قبل القبض القياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان لا يجب وان كان بعده فلا استبراء واجب قياسا واستحسانا (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لاتصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري لمبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذ وناله فابراه البائع من الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد عنه تملكيا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم

قوله ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لاتصير ام ولد له يريد به اذا ولدت في مدة الخيار وهي في يد البائع ولم يتقبضها المشتري اما اذا كانت مقبوضة في يد المشتري وولدت عنده في مدة الخيار يسقط الخيار ويثبت الملك للمشتري وتصير ام ولد له بالاتفاق لانها تعينت بالولادة ويدل عليه ما ذكر في المبسوط وان اشترى جارية على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت عنده سقط خياره لانها تعينت بالولادة وذكر الامام قاضي خان رح ومنها اذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاح على انه بالخيار ثلثة ايام عند ابي حنيفة رح لاتصير ام ولد له ولا يبطل خياره وعندهما تصير ام ولد له ويبطل خياره **قوله** فهلك في يده اي في يد البائع في المدة او بعدها هلك على البائع ويبطل البيع **قوله** فابراه البائع من الثمن فان قبل اذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلا يملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابراهة قلنا في القياس لا يبرأ وفي الاستحسان يبرأ وذكر في شرح الطحاوي رح ثم ان البائع ابراهة من الثمن فالقياس ان لا يصح ابراهة لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان يصح ابراهة لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد **قوله** والماذون له يليه اي له ولاية الامتناع عن التملك **قوله** ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم وان كان العقد بشرط الخيار للبائع فاسلم البائع بطل البيع لما ذكرنا ان المبيع لم يخرج عن ملكه (والاسلام)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يجيز فان اجازة بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر خاضعا عند ابي حنيفة ومحمد ر ح وقال ابو يوسف ر ح يجوز وهو قول الشافعي ر ح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالا جازة ولهذا لا يشترط رضا وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعري عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل

والاسلام منع اخراجه من ملكه بالعقد ولو اسلم المشتري فلا يبطل العقد وخيا والبائع على حاله لان العقد من جانب المشتري باق فان اختار البائع الفسخ عادت الخمر اليه وان اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما كما يملك بالميراث *
قوله وانما كنى بالحضرة عن العلم بطريق ذكر السبب وارادة المسبب فالحضرة سبب للعلم **قوله** وصار كالوكيل بالبيع فان للوكيل ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لما انه مسلط من جهة الموكل فذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه **قوله** ولا يعري عن المضرة فان قبل لولم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر ايضا وهو ان يخفي الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يمضي مدة الخيار فلزمه العقد شاء او ابى فيتضرر من له الخيار اذا ابى لزوم البيع قلنا انما يلزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه وفي فتاوى قاضيخان ر ح رجل اشترى شيئا على انه بالخيار ثلثة ايام فجاء المشتري في الثلثة الى باب البائع ليرد المبيع فاختفى البائع منه وطلب المشتري من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصما لان المشتري لما اشترى ولم يخذ منه (كفيلة)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك
النسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبته صاحبه وبلغه في المدة
تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ *

كفيلامع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له وان لم ينصب القاضي خصما
وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمدرح فيه روايتان في رواية يجيبه القاضي
الى ذلك فيبحث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلا تريد
ان يرد المبيع عليك فان حضرت والانتقضت البيع فلا ينتقض القاضي البيع من غير اعدار
وفي رواية لا يجيبه القاضي الى الاعذار ايضا فقبل محمدرح كيف يصنع المشتري قال ينبغي
للمشتري ان يستوثق وياخذ منه وكيلاته اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البائع يرد على الوكيل *

قوله بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الاخر باجازه شيئا لان العقد لازم
من جانب المشروط عليه الخيار **قوله** وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من جهة
صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط ولكن انما يتمكن
من الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ
بلا رضاه صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات
وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل
فتسليطه اياه على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع فاعتق المبيع
او دبر او كاتب او رهن او وطئ او قبل بشهوة او وهب او اجر فانه ينتقض البيع وان لم يعلم
المشتري لان ثبوت الفسخ هنا ضمنى لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل
اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه ينجز الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما لو عزل له قصدا
فان قيل يشكل على قولهما انه تصرف يلاقي حق الغير وهو العقد بالرفع مسائل
منها خيار المخيرة فانها تختار نفسها بدون علم الزوج فينقذ ذلك عليه وان لم يرض (ولم)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين

ولم يعلم وفيه الزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج ينفرد بالرجعة ويلزم حكم الرجعة على المرأة من غير علمها ومنها الطلاق والعناق والغفوع عن القصاص ومنها خيار الامة المعتقة حيث يصح اختيارها للفرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما اذا باع مال غيره فان للمالك خيارا فيه فلوردا رتد بلا علم المتعاقدين ومنها العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بدون علمه قلنا اما الجواب عن الاولى فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق بايجابه وذلك فوق رضاه وعلمه فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل واما عن الرجعة فان الزوج بالرجعة لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الذي ثبت به الرجعة لا يرفع النكاح فكان النكاح نابتا بحاله قبل الرجعة وانما تثبت البينونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعتين الزوج في مدة العدة واما عن الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلا يلزم على من اسقط عنه شيء واما خيار الامة المعتقة فانها مسئلة لارواية فيها ثم الجواب عنها ان سلم ان الخيار ثبت لها بتخيير لشرع اياها فصار كما لو ثبت بتخيير الزوج لان للشرع ولاية علينا واما المالك بيع الفضولي فان العقد لا يوجد في حق المالك الا بالاجازة لانه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فقد انعدم شرط الثبوت في حقه فانعدم اصلا واما العدة فانها لا تجب بالطلاق الا تروى انها لا تجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك الا انه لم يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق الى حين فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقدار الله تعالى الزوج على قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمتضمن لا للمتضمن *

قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما واذا مات من عليه الخيار فالخيار باق بالاجماع ثم لما بطل الخيار عندنا يلزم البائع وقال مالك رح ينفسخ العقد **قوله** كخيار العيب والتعيين اي خيار تعيين المبيع (بان)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

ولنا ان الخيار ليس الامشيئة و ارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لا يورث واما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء

بان يشتري احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء وخيار الرؤية على اصلكم كذا في الاسرار * **قوله** ولنا ان الخيار ليس الامشيئة اي في رده فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا اي المشيئة اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشيئته صفته لا يزيله ولا يحتمل الانتقال منه الى الوارث بوقيرة كسائر صفاته من القدرة والحياة والارث فيما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل الانتقال فلا يورث كملكه في منكوخته وام ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى وتلاشى فلا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في ملكه لاني العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة الا ترى ان اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقده هو الوكيل دون الموكل فان قيل ما ذكرتم من عدم انتقال صفة التوزيع منقوض بتوريث الاعيان فان المالكية في الاعيان صفة لما لك الا عيان ثم هي تنتقل من المورث الى الوارث في حق الاعيان قلنا لا كذلك بل العين تنتقل^٢ ولا الى الوارث وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداء لان مالكية المورث تنتقل اليه فان قيل فما يمنعكم من ان تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه الى الوارث قلنا ليس من لوازم المبيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فكم من بيع لا خيار فيه فلا يلزم من انتقال المبيع الى الوارث انتقال الخيار واما المملوك فلا يتصور بدون المالك فان قيل قد ينتقل الحق ارثا من المورث الى الوارث بدون ان ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى وارثه قلنا لا ينتقل بل ثبت ابتداء له لتسفي الصدق ولا يمكن ان يجعل الخيار كالقصاص لان الخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقده ولا شارط فلا يثبت في حقه (واما)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار *

قال ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشترط الخيار لغيره جاز استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض * ولوا جاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معاً

واما تشفي الصدر فامر يشمل الكل الا ان المورث لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلفه من كان اقرب اليه *

قوله لاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل لاختلاط مشرك فلم يكن هو أولى بالتعيين من البائع قلنا لان مورثه ملك احد العبدین علی وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البائع اذ ملكه في احدهما لا يكون بهذه الصفة **قوله** لان الخيار من مواجب العقد واحكامه اي لو شرط في العقد يصير حقاً من حقوق العقد وواجباً من مواجبه **قوله** فيقدم الخيار له اقتضاء كقوله اعترق عبدك عني على الف درهم فاعترق فان الامر يصير مشترياً منه ولا موكلاً اياه بالعتق عندنا تصحيحاً للامر وزفر رح لا يقول بالاقتضاء فهذه فرع تلك المسئلة المذكورة في الهداية فان قيل شرط الثمن على الاجنبي وجب ان يصح بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد ولا ثم على الاجنبي بطريق الكفالة قلنا هذا لا يصح لان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور هنا ان الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضي لتصحيح المقتضي والكفالة لو صحت بطريق الاقتضاء لكان مبطلاً للمقتضي فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل (من)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن المائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد رح والثاني قول أبي يوسف رح واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل

من شرط صحة المقتضى أن يكون هوا حط رتبة وادون منزلة من المقتضى الذي هو المذکور وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الحائث في يمينه في قول المولى له كفر يمينك بالمال وأن كانت صحة التكفير مقتضية للحرية سابقا على التكفير بالمال إذ لا يصح هو بدون الحرية لما أن الحرية أصل وأقوى منزلة من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء قلنا نعم كذلك إلا أن الإصالة قد تثبت لغير العاقد ههنا بوجه آخر فلذلك جاز أن يثبت خيار العاقد اقتضاء وذلك أن شرط الخيار من قبيل الألفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد أصل في حق اللفظ لأنه أثبت له الخيار باللفظ تصدا أو أما الحرية فليست من خواص اللفظ إذ الحرية تثبت في شراء القريب وارثه بدون اللفظ فكانت الحرية خالية عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن ما هو تبع لها وهو التكفير وأما ههنا فالعاقد تبع لغير العاقد في اشتراط الخيار في حق اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء *

قوله يعتبر تصرف العاقد في رواية في بيع الأصل تصرف المالك أولى نقضا كان أو إجازة وتصرف الفسخ في رواية الماذون **قوله** والمفسوخ لا تلحقه الإجازة فإن قيل المفسوخ يلحقه الإجازة ألا ترى أن الخيار إذا كان للبائع أو للمشتري فالتقيا فإقضا البيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع بحكم الإقالة فعلى المشتري الثمن أن كان الخيار له والقيمة أن كان الخيار للبائع لأن تمام الفسخ بالتسليم إلى البائع ثم قال شمس الأئدة رح في المبسوط وهذا لأن الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتى أوتنا سخا ثم تراصيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما (جاء)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وابو يوسف رح يعتبرهما *

قال ومن باع عبدين بالف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلثة أيام فالبيع فاسد وإن باع كل واحد منهما بخمس مائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالأخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قن ومذبر.

جاز وفسخ النسخ ليس هو إلا إجازة البيع في المفسوخ قلنا هذا لا يلزم لأن قلنا الإجازة لا ترد على المنتقض ولا إجازة فيما ذكرتم كذا في العوائد الظهيرية وذكر الامام قاضي بخان رح والصحيح ما ذكر في المأذون لأن النقص أقوى من الاجتزاء فان النقص يرد على الإجازة والإجازة لا يرد على النقص والادنى لا يعارض الأقوى كنكاح الحرة مع الأمة إذا اجتمعا يصح نكاح الحرة لأن نكاح الحرة يرد على نكاح الأمة ونكاح الأمة لا يرد على نكاح الحرة فإن قيل الإجازة توجب الحرمة على البائع فكان أولى قيل الاجتزاء تأثيرها في إثبات الحل والفسخ تأثيره في إبقاء الحل فكان الإبقاء أولى ولأن الإبقاء مع الشك أحق من الإثبات مع الشك لأن الشيء يبقى مع الشك ولا يثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ أولى *

قوله وابو يوسف رح يعتبرهما ويجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد منهما أن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع لتفرق الصفقة ولما لم يرجع تصرف المالك على تصرف الوكيل والفسخ راجع على الإجازة علم أن النسخ أولى عنده من الإجازة **قوله** وقبول العقد في الذي فيه الخيار جواب شبهة وهو أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذه الصورة أيضاً لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد لأن العبد (الذي)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والتالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين
اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن *

قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثه ايام فهو جائز
وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد

الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما شرط الصحة الآخر فكان بمنزلة من
جمع بين قن وحر وباعهما وانه لا يجوز اوباع ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي فقال
ليس هذا كذلك فان الحر والمروي غير داخل في العقد لان العقد اولاً حكماً لانه ليس بمحل للبيع اصلاً
فلذلك كان قبول العقد فيه شرطاً فساد للعقد في القن واما ههنا الذي فيه الخيار محل للبيع فكان داخلاً
تحت البيع في حق الانعقاد وان لم يكن داخلاً في الحكم فكان نظير من جمع بين قن ومدبر وباعهما
بالف صح البيع في القن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر لان المدبر
داخل تحت البيع ولهذا الوضعية القلبي مجوزة لئذ فكان قبوله شرطاً صحيحاً كذا هنا *

قوله والتالث ان يفصل ولا يعين اي يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار
بان قال بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسة على اني بالخيار
في احدهما ثلثة ايام وهو فاسد لجهالة المبيع لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم
فبقي الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولاً والرابع ان يعين الذي فيه الخيار
ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعت منك هذين العبدين بالف على اني بالخيار
في هذا بعينه ثلثة ايام وهو فاسد لجهالة الثمن لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم
فبقي الآخر وحده وثمنه مجهول لانه ثبت بطريق الحصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل
تحت العقد اصلاً فان قيل اليس انه لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبر او مكاتب
فان العقد ينعقد صحيحاً في القن وان كان الانعقاد في حق القن بالحصة قلنا قال بعض
مشائخنا على قياس ما ذكره هنا لا يصح العقد في القن في تلك المسئلة فصار ما ذكره هنا (رواية)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي روجه الاستحسان ان شرع الخيار للمحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الرقيق والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به واختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع

رواية في تلك المسئلة وبعضهم فرقوا وجهه ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ويجعل العقد كالمعدوم في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار نلو انعقد العقد في حق الآخر ينعقد بحصته ابتداء وذا لا يجوز وفي المدبر والمكاتب البيع ينعقد في حق الحكم اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا الوقضى القاضي بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانة لحقهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى جعل العقد غير منعقد في حق الحكم واذا انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق الثمن كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبد بين وهلك احدهما قبل التسليم فان العقد يمتحن في الباقي بحصته من الثمن *

قوله والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع كما لو قال بعت منك احد هذين الثوبين ولم يذكر الخيار وكما لو كانت الثياب اربعة وذكر الخيار ولم يذكر فان المبيع احد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوتت تمنع صحة العقد الا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمنه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع فكذلك اذا شرط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله وجه الاستحسان ان هذه الجهالة لا تنضي الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وهو بحكم خياره يستبد بالتعيين فالجهالة لا تنضي الى المنازعة فلا تمنع صحة العقد كما لو اشترى قفيزا من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تنضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل ثوب لان هناك ثمن ما يتاوله العقد مجهول وانما فسد العقد بجهالة الثمن والجاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يشتري شيئا لعياله ولا يعجبه (١)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تقضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطاً واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده

استصحاب العيال مع نفسه الى السوق والبائع لا يسمح مروتة بالدفع اليه الا ان يتناعه والذي يعجب عياله من هذا النوع لا يدري ما هو فتبس الحاجة الى البيع على هذا الوجه *

قوله فكان في معنى ما ورد به الشرع وهو شرط الخيار ثلاثة ايام **قوله** والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة اي والرخصة انما تثبت شرعاً بوصفين وهما الحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما **قوله** ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين قال شمس الائمة السرخسي ر ح في الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط قال فخر الاسلام ر ح في الجامع الصغير والصحيح عندنا ان البليس بشرط ذكر في الفوائد الظهيرية فعلى قول هذا القائل ان لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد هما وعلى قول الكرخي ر ح ان يرد هما لان عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال اكثر المشائخ لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوماً ثلاثة ايام فساد ونها في قول ابي حنيفة ر ح وزيادة على ذلك في قول انبي يوسف ومحمد ر ح لان القياس يابى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وانما جاز استحساناً بطريق اللاحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان رد هما بخيار الشرط في الايام الثلاثة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت الايام الثلاثة يطل خيار الشرط فلا يملك رد هما (و)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وبمدة معلومة ايتهما كانت عند هاتم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى
احدا ثوبين وهو الصحيح لان المبيع في التحقيق احدى هاتين الامانة والاثر تجوز واستعانة
ولو هلك احدى هاتين او تعيب لزمه البيع فيه بضمنه وتعين الآخر لئلا يمتنع الرد بالتعيب

ويبقى له خيار التعيين فيرد احدى هاتين وان مات المشتري في الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط
ويبقى خيار التعيين فلا يرد هاتين الوارث وله ان يرد احدى هاتين وذكر في الذخيرة هذا
اذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري فان حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع
بان قال البائع بعثت احدى هاتين الثوبين على اني بالخيار اعين البيع في احدى هاتين
دون الآخر لم يذكر محمد رح هذه المسئلة لافي بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير
وذكر الكرخي رح في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار في الماذون لان هذا
بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه
لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار
ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة
الى اختيار الارفق لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى ما يقتضيه القياس *

قوله وبمدة معلومة ايتهما كانت عند هاتين اي زائدة هل في الثلاثة فان قيل ينبغي
ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند ابي يوسف رح لانه اخذ بالقياس
في قوله ان لهم ينفذ الثمن الى اربعة ايام فلا يبيع بينهما قلنا قوله ان لم ينقد الثمن الى
اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط
واردا فيه واما خيار التعيين من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف
التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا في خيار التعيين **قوله** ولو هلك احدى هاتين
او تعيب لزمه البيع فيه بضمنه وتعين الآخر لئلا يمتنع الرد بالتعيب فان قيل اذا
طلق احدي امرأتي ثم ماتت احداهما فتعينت الباقية للطلاق دون الهالكة وهاتين (الها)

كتاب البيوع باب خيار الشرط

ولهذا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما البيوع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يرد هما جميعا ولو مات من له الخيار فلو ارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث واما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل **قال** ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دارا اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضاء لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الالدفع ضرر البعوث وذلك بالاستدانة فيضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء

المها لك للبيع قلنا قال القمي رح لا يفرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يهلك يهلك على ملكه اما العبد فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد وفي الطلاق كذلك تهلك الها لك على ملكه حتى تتعين الباقية المطلق فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا الا ان الصحيح ان بينهما فرقا وهوان العبد لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد لانه عجز عن رد ما اشترى كما اشترى فتعين العقد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة واما في الطلاق فان المرأة حين اشرفت على الهلاك لا تبقى محلا لوقوع الطلاق فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية المطلق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلثة ايام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد تناولهما جميعا الا ترى انه يهلك اتمام العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد احدهما لا يتسكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصنقة على البائع قبل التمام وهما العقد تناول احدهما الا يرى انه لا يهلك اتمام العقد فيهما فبعد ما هلك احدهما او تعيب كان له رد الباقي *

قوله ولو هلكا جميعا معا الخ واما قيد بقوله معا لما ذكرنا انهما لو هلكا على التعاقب تعين الاول للبيع فيجب تمام ثمنه وتعين الباقي للامانته فلا يجب من ثمنه شيء واما لو هلكا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متفقا كما ان الثمن +م مختلفا لان كل واحد منهما ليس باولى من الآخر بكونه مبيعا وكذا لك لو هلكا على التعاقب (ولا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فتبين ان الجواركان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب البيهقيفة رح خاصة *
قال واذا اشترى الرجلان غلاما علي انهما بالخيار فرضي احد هما فليس للآخر
ان يردده عند ابي حنيفة رح وقال له ان يردده وعلي هذا الخلاف خيار العيب
وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط
صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة

ولا يدري السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما وان تعييا معا يرد ايها شاء *
قوله فتبين ان الجواركان ثابتا فان قيل لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الاخذ بالشفعة
للمشتري اذا كان الخيار للبائع قلنا المشتري بشرط الخيار له ولاية اثبات ملك
باجازة البيع ولا يتوقف على فعل غيره ولا كذلك اذا كان الخيار للبائع واعتبره بالاعتاق
فانه ينفذ من المشتري اذا كان الخيار له واذا كان للبائع لا ينفذ اعتاق المشتري
وان اجاز البيع وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رح اما وجوب الشفعة للمشتري
فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة رح فلانه صار احق
بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كما ذون المستغرق بالدين والمكاتب
اذا بيعت دار بجانب دارهما فانهما يستحقان الشفعة فيها وان لم يملك ادا رهما وهذا بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصح احق بالتصرف فيها وذكر الامام الترمذاني رح
اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار بجانبها فطلب شفعتها لم يبطل خياره وهو المختار من الرواية
بخلاف خيار الشرط لان دليل الرضاء معتبر بصريح الرضاء ولو قال رضيت يبطل به خيار الشرط
ولا يبطل خيار الرؤية كذا هنا وكذا يبطل خيار العيب باخذ الشفعة **قوله** وعلي هذا الخلاف
خيار العيب يعني اشترى الرجلان عبدا ورضى احدهما بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بان
اشترى شيئا لم يرياه ثم رأياه فآراد احدهما ان يرد ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك (قوله):

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فلورده احد هما لردّه معيابه وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار
لهما الرضاء بردا احد هما لتصور اجتماعهما على الرد *

قال ومن باع عبدا على انه خبازا وكاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير
لانه ما رضي به دونته وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه

قوله فلورده احد هما لردّه معيابه لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب وذلك
لان البائع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق التهايو وكان قبل البيع متمكنا
من الانتفاع متى شاء فان قيل البائع رضي بالتبعض لمابعه منهما قلنا انما رضي في ملكهما
لا في ملك نفسه ولا يقال ان هذا العيب حدث في يد البائع لان تفرق الملك ثبت بالعقد
قبل القبض لا نأقول انه وان حدث في ملك البائع لكن انما حدث بفعل المشتري
والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له ان يردّه بحكم خياره الا ان
هذا العيب بعرض الزوال بان يساعده الآخر على الرد فاذا انعدم ذلك ظهر عيبه في المنع
من الرد ولا معنى لما قالوا ان في امتناع الرد ضربا على الراد لان هذا ضرر يلحقه بعجزه
عن اتحاد شروط الرد لا بتصرف من الغير **قوله** ومن باع عبدا على انه خبازا وكاتب فان قيل
مثل هذا الشرط مفسد للبيع كما لو باع شاة على انها حامل او باعها على انها تحلب كذا فان
البيع فيه وفي امثاله فاسد مع انه وصف مرغوب فيه قلنا الفرق بينهما ظاهر لان الحمل في البهائم
زيادة وهي زيادة مجهولة لا يدري ان انتفاخ بطنها من ریح او ولد وان الولد حي او ميت
والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وكذلك ان شرط انها تحلب كذا اذ البيع
فاسد لانه لا يدري لعل الشرط باطل يعني ان اشتراط مقدار من المبيع الذي ليس في وسع
البائع تحصيله ولا طريق له الى معرفته كان شرطه مفسد للعقد حتى لو اشترط انها حلوب
اولبون ذكر الطحاوي رح ان هذا الشرط لا يفسد به العقد لما ان هذا الشرط وصف (مر)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه
بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقال بها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف *

مرغوب فيه وكذلك قوله على انه خيارا وكاتب من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان الشرط
لان هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفة سبيل للبائع كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج او كلبا على
انه صائد فانه يجوز كذاهما وحاصله ان هذا الوصف ما كان وصفا مرغوبا فيه ولمعرفة سبيل بان يأمره
بالخبر والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بانه على هذا الوصف الم. غوب لا على
وجه الشرط فكان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير لو كان شرط ما يقتضيه العقد لان العقد
يقتضي ان يكون المبيع والثمن معا وما بهما من الاوصاف وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد
لا يفسد البيع على ما ياتي تفصيل الشروط التي تفسد العقد والتي لا تفسد في باب البيع
الفاسد ان شاء الله تعالى ثم المستحق في هذا العقد بهذا الشرط ادنى ما يطلق عليه اسم الكاتب
والخباز فان وجده لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى بالفاعل به كاتبا او خبازا كان للمشتري
الرد فان امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن لانه فات
عليه شرط مرغوب فيه فيقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم ان هو المستحق
بالشرط ويقوم غير كاتب او خباز فينظر الى تفاوت ما بين ذلك فرجع بقدره وروى الحسن
عن ابي حنيفة رخص انه ليس للمشتري ان يرجع على البائع ههنا بشيء لان ثبوت الخيار
للمشتري انما كان بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع
للمشتري على البائع بشيء ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح واذا اشترى جارية من غير
شرط طبخ ولا خبر وهي تحسن ذلك فنسبت في يد البائع رد هالان الجارية بالعقد صارت
مستحقة على الصفة الموجودة وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستحقاق بحكم الشرط *

قوله بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات مثل الفرس والبقر والغنم بخلاف الانوثة
والذكورة في بني آدم فانها تورث فيهم اخلاف الجنس لفجش التفاوت (باب)

(كتاب البيوع باب خيار الروية)

* باب خيار الروية *

ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه لمن شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلاً لان المبيع مجهول ولنا قوله هم من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الروية لا تقضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقته يرده فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه وكذا اذا قل رضيت ثم رآه ان يرده لان الخيار معلق بالروية لما روينا فلا يثبت قبلها

* باب خيار الروية *

قوله ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز اذا اشترى الرجل زيتاً في زق او برافى جوالق او درة في حقة او ثوباً في كم واتفقا على انه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئاً من ذلك صح البيع عندنا وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده قال الشافعي رح لا يصح العقد لانه اشترى شيئاً مجهولاً فصار كما لو باع عبداً من عبدة وهذا لان المقصود من شري العين ماله وللهذا لا يرد على ما ليس بمال والمالفة في الاوصاف ولهذا تزاد وتنقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالروية فصارت كجهالة العين وهي مفسدة فكذا جهالة الوصف ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الروية فلا نزيد قيد الروية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه حقق الشراء وبني عليه حكماً وهو الخيار ولان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فصح بيعه كالمعروف وهذا لان الخلاف في امته فائمه بين ايديهما منتقبة ولا شك ان عينها معلوم بالاشارة اليها لانها ابلغ اسباب التعريف وكذا اذا اشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها امته ومملوكه فانه يعرف باخبار البائع اياد لانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبر به وانما بقي بعدم رؤية وجهها الجهل ببعض صفات الوجه وهو اولي من فوات بعض الاوصاف كالسمع والبصر وغيرهما وذا لا يمنع الجواز وان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا **قوله** فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه بان اشترى ثوباً ولم يعلم عدد ذراعانه (و)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت * **قال** ومن باع مالم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء

وخيار الرؤية انما يثبت في كل عقد يفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما اشبه ذلك من العقود التي تنفسخ برده ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا يفسخ برده كالمهر وبديل الخلع وبديل الصلح عن القصاص وما اشبه ذلك من العقود التي يكون المردود مضمونا بنفسه لا بما يقابل له لان الرد في هذه المواضع لا يفيد لانه بالرد لا يرتفع العقد وقيام العقد بموجب مطالبة العين فاذا قبضه يرده ايضا فيؤدي الى ما لا يتناهي *

قوله وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم جواب سوال بان يقال لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية وله ان يفسخ العقد قبلها فقال حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا بمقتضى الحديث وهذا لان صحة الفسخ تعتمد عدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن الخلل في الرضاء اذ هو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشئ مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضاء وتما مه بالعلم باوصافه هي مقصودة وانما تصير معلومة بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ولانه لو لم العقد بالرضاء قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما ادعى الى ابطاله يكون باطلا وهذا لانه لا يوجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد اثبت الشرع الخيار عند رؤيته بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ يخرج العين عن ان تكون معقودا عليها فلا يوجد بعده رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار والرضاء بالعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه هو العيب وكون المبيع معينا سابقا على الرضاء فاعتبر بوجود سبب الخيار هو العيب وهنا السبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها **قوله** اعتبارا بخيار العيب بان وجد البائع الثمن (زيفا)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال
وجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما رويناه فلا يثبت، **دونه** وروى ان عثمان بن عفان رضى باع
ارضاله بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضى فقيل لطلحة انك قد غبت فقال لي الخيار لاني اشتريت
ماله وقيل لعثمان رضى انك قد غبت فقال لي الخيار لاني بعته مالاه فحكما بينهما جبير
بن مطعم رضى فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى * ثم خيار الرؤية غير موقت
بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله * وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية

زيفا كان له الخيار ان شاء يجوز وان شاء يرد ولا ينفسخ العقد الا في المفاضة *
قوله زوالا اي في جانب البائع وثبوتا اي في جانب المشتري حتى لا يزول ملك
البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري الا برضاه **قوله** ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا
قوله انه معلق بالشراء فلا يثبت **دونه** لان الخيار ان ثبت للبائع فلما ان ثبت بمارونا او بدلالته
او حديث آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع ولم يرو حديث آخر
في البيع وهو ليس في معنى الشراء لثبت الحكم فيه دلالة ولان المشتري ظنه خيرا بما اشترى فردة
بغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده لرد به باعتبار ان المبيع ازيد مما ظنه فصار كما لو باع
عبد اعلى انه معيب فذا هو سليم فانه لا يثبت للبائع خيار **قوله** وما يبطل خيار الشرط من تعيب
او تصرف يبطل خيار الرؤية والاصل فيما يبطل خيار الشرط ان كل فعل باشر المشتري
في المشتري بشرط الخيار وهو فعل يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال
فلا اشتغال به اول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا يسقط خياره وكل فعل لا يحتاج اليه
للامتحان او يحتاج اليه للامتحان الا انه لا يحل في غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار
وذلك لانه متى فعل فعلا يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك وجعل دليل الاختيار
وسقط خياره اول مرة لا يفيد الخيار فائدة لانه فائدة شرط الخيار امكن الرد فلولزمه
البيع بفعل الامتحان اول مرة يفوت فائدة الخيار اذا ثبت هذا فنقول اذا اشترى (جارية)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما اثر متعذرا الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء *

جارية على انه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام يحتاج اليه للامتحان وانه يحل بدون الملك في الجملة فلم يكن الاشتغال به دليلا لاختيار فيبقى على خياره بخلاف مالو وطئها حيث يبطل خياره وان كان الوطئ محتاجا اليه للامتحان لانها تشتري للوطئ ولا يعلم كونها صالحة للوطئ بالنظر اليها وانما كان كذلك لان الوطئ تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الاقدام عليه اختيارا للملك حتى لا يقع وطئه في غير الملك ولا كذلك الاستخدام فانه يحل في غير الملك وان استخدمها مرة اخرى فان كان في النوع الذي استخدمها في المرة الاولى كان اختيارا للملك لان الكرة الاخرى في ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع والتقبيل واللمس عن شهوة ولبس الثوب مرة اخرى وركوب الدابة مرة اخرى كل ذلك يسقط الخيار لما انه غير محتاج اليه للامتحان او لا يخل في غير الملك *

قوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه الى ان قال يبطله قبل الرؤية وبعدها فان قيل لو بطل خياره قبل الرؤية يكون مخالفا لحكم النص لان النص اثبت الخيار اذا رآه بقوله فله الخيار اذا رآه قلنا ذاك فيما يمكن العمل بحكم النص واما هذه الافة اصيل فمبنية على الملك والمالك ثابت فصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعدها صحتها لا يمكن رفعها فسقط الخيار ضرورة وكذلك لو علق المشتري الذي له خيار الرؤية بالمبيع حقا للغير بان آجره ورهن او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار ضرورة حتى لو افترق المرهون او مضت مدة الاجارة اورده (١)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطوياً او الى وجه الجارية او الى وجه اداة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولودخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي ارد أمما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد منها

المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية وان كان تصرفاً لم يتعلق به حق الغير بان باع بشرط الخيار لنفسه او هب ولم يسلم او عرض على البيع لا يبطل خياره فان كانت هذه التصرفات فيه قبل الرؤية لا يبطل خياره لان الخيار لا يبطل قبل الرؤية بصريح الرضا فبدل الله الحق وان كان ذلك بعد الرؤية يبطل خياره لان بعدها يسقط خياره بصريح الرضا فيستطبدل الله ايضاً ولو اشترى ارضاً ولها اكار فزرعها الاكار برضا المشتري بان تركها عليه على الحالة المتقدمة ثم رآها فليس له ان يردّها لان فعل الاكار كفعل المشتري *

قوله او الى وجه الجارية ذكر الجارية وقع اتفاقاً لان الحكم في الغلام كذلك ذكر في الايضاح والمعتبر في العبد والامة النظر الى الوجه والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار لان العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه وفي الذخيرة اذا اشترى جارية او عبداً ورأى وجهه ورضي به لا يكون له الخيار بعد ذلك **قوله** لتعذره أما في العبد والامة فظاهر لان في رؤية جميع بدنهما رؤية مواضع عورتهم ففي العبد لا يجوز اصلاً سواء قسح العقد او لم يفسخ أما في الامة فانه لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره الى عورتها واقعا في غير ملكه لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كان العقد لم يوجد فكان نظره وقع جراً ما في اصله وأما في الثوب المطوي فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشروالطي على تقدير اشتراط رؤية جميع اجزائه وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة **قوله** وعلامته اي علامة الشيء الذي لا يتفاوت آحاده النموذج بالفتح والانموذج (با)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول بالنظر الى وجه المصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرهما وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود **قال** وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم من الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل *

بالضم تعريب نمونه كذا في المغرب وذكر في الذخيرة والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفى فيه برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد بخلاف اذا كان في وعائين فرأى ما في احد الوعائين اختلف المشائخ فيه قال مشائخ العراقي اذا رضي بما رأى يبطل خياره في الكل اذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى او فوته اما اذا وجده دونه فهو على خياره ولكن اذا اراد الرد يد الكل وهو الصحيح *

قوله والجوز والبيض من هذا القبيل اي من القبيل الذي يتفاوت آحاده لانه يختلف بالصغر والكبر فلا يكون رؤية البعض دليلا على الباقي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لتقارب آحاده * فنوت المال جمعته قبوا وقنوة واقنيته اتخذته لنفسه قنية اي اصل مال للنسل لا للتجارة كذا في المغرب **قوله** فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار وفي المحيط والذخيرة وبعض مشائخنا قالوا في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود (حتى)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرد الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالهما سواء وله ان يرد في قبض الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالبراءة فرويته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار خيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو براءة ناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لا تطلق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه

حتى انه اذا كان في الدارين بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلوم متصودا كما في سمرقند وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه *

قوله ونظر الوكيل كنظر المشتري وفي الفوائد الظهيرية وصورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيل اعني في قبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني او يقول امرتك بقبضه **قوله** وله ان القبض نوعان تام بحيث لا يرد عليه النقص وهو ان يقبضه وهو براءة وهو يستط الخيار لدلالته على الرضا وناقص بحيث يرد عليه النقص وهو ان يقبضه مستورا وهو لا يستط الخيار لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذا الوكيل لانه ملكه الموكل ما يملكه ولكن على البدل لا على الشمول لان اللفظ مطلق لا عام فاذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار فيقتضي اتمام القبض كما لو قبضه الموكل وهو ينظر اليه واذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص وتعين ذلك للوكيل فلا يملك اسقاطه قصدا بعده لصيرورته اجنبيا عنه بخلاف خيار العيب فانه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح لانه (لا يمنع)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يستقطب قبضه لان الاختبار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملك وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئاً وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع *

قال وبيع الاعمي وشراة جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره وقد قررنا من قبل * ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير * ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رصيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز *

لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقاءه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم * **قوله** وخيار الشرط على الخلاف ذكر القدوري انه لو اشترى شيئاً على انه بالخيار فوكل وكلا بالقبض فقبضه بعد مآراه فهو على الخلاف ولئن سلم وهو الاصح فالوكيل قائم مقام الموكل والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا لان الخيار شرع للاختبار وذا بالتروي والتأمل فيه بعد القبض حتى اذا استحسنته فخذة وان استقبحت تركه وهذا يفوت بطلان الخيار بتقدير القبض وبخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الاتبليغ الرسالي وصار معياراً لغيره فكل من المرسل اليه فاما الوكيل هو الذي فوض اليه التصرف ليعمل برأيه ولهذا يجوز سلب اسم الوكيل عن الرسول **قال** الله تعالى قل لست عليكم بوكيل **قوله** لهذا لا يملك القبض اي قبض الثمن . **قوله** وبيع الاعمي وشراة جائز وقال الشافعي رحمه الله لا يصح شراؤه لانه لا يجوز شراء مالم يره وقيل ان كان بصيرا قعمي فهو كالبصير عند الشافعي رحمه الله وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلاً لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها **قوله** كما في السلم اي (اذا)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الآخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام
الحلق في حق من لا شعر له في الحج ونال الخسن رح يوكل وكلا يقبضه وهو يراه
وهذا شبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا *
قال ومن رأى احد الثوبين فاشترى هما ثم رأى الآخر جاز له ان يرد هما
لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما
لم يره ثم لا يرد واحدة بل يرد هما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام

اذا رأى رب السلم المسلم فيه لا يكون له خيار الرؤية فيكون الوصف في المسلم فيه قائما
مقام الرؤية حكما حتى لا يبقى الخيار بعد حقيقة الرؤية فكذا بعد القائم مقامه ولما كان
الوصف كالرؤية في حق البصير فلان يكون في حق الاعمى كذلك اولى *

قوله كتحريك الشفتين مقام القراءة وعبرة الفوائد الظهيرية يدل على اللزوم
حيث قال لان المصير الى التشبه عند اضرار الحقيقة واجب كالمحرم اذا اراد التحلل
وقد فرع رأسه يلزم اجراء الموسى عليه تشبها بالمحلقين وكذا الاخرس يلزمه
تحريك الشفتين عند القراءة **قوله** كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وتفريق الصفقة حرام
لما جاء في الحديث ان النبي عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة فان قيل ينبغي ان يكون
في هذه الصورة ولاية ردا حد الثوبين الذي لم يره لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره
فله الخيار اذا رآه قلنا العمل بموجب قوله عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة اولى
من حديث خيار الرؤية لوجوه احدها ان موجب قوله نهى عن تفريق الصفقة محكم في
افادة التحريم اي موجه ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئا
لم يره غير ثابت في جميع الصور الا يرى ان لا يملك الراد اذا تغيب واعتق احد العبدین او ديرة
فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحا ولان قوله نهى محرم والمحرر راجح على المبيع
اولان قوله نهى عن تفريق الصفقة متأخر عن المبيع والا يلزم تكرار النسخ لما عرف (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل * ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط * ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفقة التي رآه فلا خيار له لان العلم بالاوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته ثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرثيه لعدم الرضاء به * وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلومة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله * **قال** ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او هبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب

قوله وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده يريد به اذا قبضه مستورا اما اذا قبضه وهو يراه يبطل خياره وتتم الصفقة **قوله** الا اذا كان لا يعلمه مرثيه اي لا يعلم انه هو الذي رآه **قوله** وسبب اللزوم ظاهر وهو الشراء بعد الرؤية **قوله** على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ارأيت لو كان جارية شابة رآها فاشترىها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير اكان يصدق على ذلك وبه كان يغني الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رح **قوله** بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع **قوله** ومن اشترى عدل زطي الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية كذا في المغرب وقيل جيل من الناس بسواد العراق ولفظ الجامع الصغير ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا وانما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع او هبة ولانه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلث من خيار الشرط والرؤية والعيب سواء في عدم جواز رد شيء منها فلا يصح ح قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فليس له ان يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي ردوعن ابي يوسف رة انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

قوله وكذلك خيار الشرط اي ليس له ان يرد شيئا منها بخيار الشرط اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا او هب وحاصله ما ذكره الامام قاضي خان رح في الجامع الصغير وهذا جنس مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وكل ذلك على وجوه ثلاثة اما ان كان المشتري قبض المبيع او قبض بعضه او لم يقبض شيئا ففي خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال ما لانه تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب ان كان قبل القبض فكذلك لان الصفقة لا تتم قبل القبض لان تمام الصفقة انما يحصل بانتهاء الاحكام والمقصود وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت سلك اليد وان كان قبض بعضه فكذلك لان بتسليم البعض لا يتناهي حكم العقد وان قبض الكل فوجد ببعضه صيا ان كان المبيع شيئا واحدا كالثوب والدار والعبد يرد الكل او يمسك وان كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدتين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المبيع خاصة لان العيب وجد باحدهما وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لانه رعي بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض الا برضاء او قضاء وفي خيار الشرط والرؤية يتفرد بالرد وفي فصل الاستحقاق ان استحق بعض المبيع قبل القبض او بعد ما قبض بعض المبيع كان له ان يرد غير المستحق لان باستحقاق البعض يتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان قبض الكل ثم استحق بعضه فان كان المبيع عبدا واحدا او ثوبا واحدا او استحق بعضه كان له ان يرد الباقي وان كان عبدتين فاستحق احدهما لا يرد الباقي **قوله** وفيه وضع المسئلة اي في المقبوض على ما ذكرناه **قوله** فلو عاد اليه بسبب هو فسخ بان يرد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي وعن ابي يوسف رة انه لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه وفي فتاوى قاضي خان وهو الصحيح (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

* باب خيار العيب *

إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار أن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر من المشتري ممكن بالرد بدون ضرورة والمهراد عيب كان عند البائع ولم يدره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به * **قل** وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالمية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله

* باب خيار العيب *

قوله لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة لأن الغالب في الأشياء هو السلامة خيقع العقد على ذلك الوصف لأن كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتميز قيايى أن يغبن أو يغبن وروى أن النبي عليه السلام اشترى عبدا من العداء بن خالد وكتب في صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد غائلة ولا خبثة وهذا تنصيص على أن العقد يقتضى السلامة في المبيع عن العيب والغائلة ما يكون من قبيل الإفعال كالأباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون **قوله** لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأن الثمن عين فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لأنه عرض غير متقوم فأنى يقابله عين متقوم ولأن الثمن لا يخلو أما أن يقابل بالوصف والأصل وفيه تسوية بين التبع والأصل أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الأصل أو بالأصل دون الوصف وهو المرام **قوله** في مجرد العقد اجترز به عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط به نصف الثمن لأنه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري أو لحق الشرع بالجناية ولأنه لو أمسكه وأخذ النقصان (لتضرر)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

والأباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب

لتضرره البائع لانه ما رضي بزوال المبيع عن ملكه الا بكل الثمن ولو امسكه ولا ياخذ النقصان لتضرره المشتري وبالرد يندفع الضرر عنه بلا تضرر البائع فصرنا اليه فان قيل يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم فلا خيار للبائع وان كان البائع يتضرر بثمن المعيب في السليم لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب فعلى ذلك ينبغي ان لا يثبت الخيار للمشتري ههنا اذا ظهر السليم معيبا وان كان يتضرر به المشتري او يثبت الخيار هناك للبائع ايضا كما يثبت للمشتري ههنا قلنا المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه فاما المشتري فانه ما رأى المبيع أصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر المشتري من غير علم حصل به فيثبت له الخيار **قوله** والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وفي الايضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك هو عيب مادام صغيرا وكذا الأباق وبعض مشائخنا قالوا البول في حالة الصغر انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فما فوقه واما اذا كان ابن سنة وستين فليس ذلك بعيب ولا سرقة وان كانت اقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة انما كانت عيبا لان الانسان لا يأمن من السارق على مال نفسه وفي حق هذا المعنى العشرة ومادونها سواء وقيل ومادون الدرهم نحو فلس او فلسين او ما اشبه ذلك لا يكون عيبا والعيب في السرقة لا يختلف بين ان يكون من المولى او من غيره الا في المأكولات فان سرق ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة ما يؤكل لاجل الاكل بل للمبيع عيب من المولى وغيره واذ نقب البيت ولم يختلس فهو عيب والأباق ومادون السفر عيب بلا خلاف بين المشائخ وتكلموا في انه هل يشترط الخروج من البلد وهذا لان الأباق انما كان عيبا لانه يوجب فوات المنافع على المولى (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

حتى يعاودة بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرد له لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرد له لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر ضعف المثانة وبعد الكبر لداء في باطنه والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعتل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا

وفي حق هذا المعنى السفر ومادونه سواء وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رح رجل اشترى امة وابقت عنده ثم وجدها واستخدمها سنة فعيب الاباق لازم لها وكذلك لو ابقت من رجل كانت عنده باجارة او عارية او ودیعة ولو ابقت من الغاصب الى مولاها فهذا ليس باباق وان ابقت فلم ترجع الى الغاصب ولا الى المولى وهي تعرف منزل مولاها وتقوى على الرجوع اليه فهذا عيب وان كانت لا تعرف منزل مولاها ولا تقوى على الرجوع فهو ليس بعيب وفي الفوائد الظهيرية وههنا مسئلة عجیبة وهي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له ان يرد وان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلورجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسئلة في الكتب ثم قال رضى كان والدي رح يقول ينبغي ان يسترده استدلالا بمسئلتين احدهما ان الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ان يرد ها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان ثم ابانها زوجها كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له ان يرد له فان تعيب عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع ان يسترد النقصان قالوا ان كان البرء من المداواة لم يكن له ان يسترده والا فله ذلك والبلوغ ههنا لا بالمداواة فكان له ان يسترده *

قوله حتى يعاودة بعد البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاودة في يد المشتري فتح يكون عيبا (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

قال الجنون في الصغر عيب ابد او معناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه اولى الكبرية لانه عين الاول اذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه ان لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد **قال** والبخر والد فر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به * وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعه يخل بالخدمة * **قال** والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبتته ولا نه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة

وحاصل الكلام ان هذه الاشياء لو كانت قديمة به حالة الصغر ثم عاوده في يد المشتري في حاله الصغر كان له الرد وكذلك لو كانت في يد البائع بعد البلوغ ثم عاودت في يد المشتري لانه عين ما كان في يد البائع ولو حدث ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يكون له الرد لانه غير ما كان في يد البائع * **قوله** والجنون في الصغر عيب ابد اي سواء عاوده في يد المشتري وهو صغير او بالغ وفي الذخيرة واختلف المشايخ في فصل الجنون ان معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط للرد بعضهم قالوا انها ليست بشرط بل اذا ثبت وجوده عند البائع يرد له واليه مال شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام رحمهما الله وهو رواية المنتقى وبعض مشايخنا قالوا المعاودة في يد المشتري شرط وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وتكلم المشايخ في مقدار ما يكون عيبا من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان ساعة فهو عيب وقال بعضهم ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب وما يوم وليلة فمادونه فليس بعيب وقال بعضهم المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب والبخر ثثن رائحة الفم والدفر رائحة مؤذيته هي من الابط كافي المبسوط (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد له لانه زوال العيب *

قال فلو كانت الجارية بالغت لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح *

قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعوده عيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه

وذكر في المغرب الدفر مصدر رد فرا اذا خبثت رائحته وبالسكون النتن واما الدفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو وحدة الرائحة اي تما كانت ومنه مسك اذ فروابطه فرآه وهو مراد الفقهاء في قولهم والبخر والدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية *

قوله ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد له وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله له ان يرد له لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فر بما قصد ان يستخدمه في المحقرات من الامور ولا يستجيز من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه مقصوده تمكن من رده واصحابنا قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرء من العيب فكانه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم * **قوله** فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح وعن محمد رحمه الله ترد قبل القبض بلا يمين البائع لان البيع قبل القبض ضعيف حتى يملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض بلا قضاء ولا رضاء وصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا قول للامة في ذلك واعلم ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالتقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وان ادعى الانقطاع في مدة مديدة يسمع دعواه والمديدة مقدرة بثلاثة اشهر عند ابي يوسف رحمه الله واربعة اشهر وعشر عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذ به بعيبه لانه رضى بالضرر *
قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث
فان قال البائع انا قبله كذا كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضى به فان باعه المشتري
لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان *
فان قطع الثوب وخاططه وصبغه احمر اولت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع
الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها

وزفر رحمهما الله بسنتين فاذا عرفت المديدة فمادونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان
القاضي مجتهدا يقضي بما ادعى اليه اجتهاده والا يأخذ بالمتيقن وهو ستان فاذا ادعى
الانقطاع في مدة كثيرة لا يسمع دعواه ما لم يدع ان ارتفاع الحيض بسبب الداء
او الحمل فاذا ادعى ذلك فمح يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها
على البائع باقراره وان قال هي كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندي
وانما حدث هذا العيب عند المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام
العيب للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع على ذلك كما يحلف في سائر
العيوب فان حلف برئى وامن نكل ترد عليه لان نكوله كاقرار فان شهد للمشتري شهود على
انقطاع الحيض عند البائع لم تقبل شهادتهم بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان
الاستحاضة در ورا الدم فيطلع عليه اما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود
فقد يقن القاضي بكذبهم فلا تقبل شهادتهم وان انكر البائع انقطاع حيضها في الحال
لا يستحلف على ذلك عندا بيمينه ربح وعندا يستحلف لما يجي ان شاء الله تعالى *
قوله فتعين الرجوع بالنقصان لان الجزء الفائب صار مستحقا للمشتري بالعقد وقد تعذر
تسليمه اليه فيرد حصته من الثمن ولا يقال الفائب وصف فلا يقابل به شيء من الثمن لانه صار مقصودا
بالمنع فيكون له حصته من الثمن وطريق معرفته ان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به (فان)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا * وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع احق الشرع للاحقه *

فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن وقال مالك رحمه الله يردّه ويرد معه نقصان العيب الحادث في يده لان رد البديل عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار اذا كل المبيع فرجع بكل الثمن فان قيل ان اشترى بعيرا فحمره فلما شق بطنه وجد امعاء فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عندا بيخيفة رح وهنا قال يرجع بالنقصان قلنا لفرق بينهما ان النحر افساد للمالية لانه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع *

قوله لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة اذ فسخ العقد رفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية قلنا لان فسخ العقد ثم في الزيادة ممكن لان الزيادة قبيح مخض باعتبار التولد والتفرع والاتصال والحاصل ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب لما مر ومتصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة واللت وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر وهي تمنع الرد بالعيب لانه لا سبيل الى فسخه مقصود لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من المبيع كالكسب وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع وهي غير الاعيان والولد تولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربو لانه يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة والربو اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله **قوله** وليس للبائع ان يأخذه لان امتناع الرد احق الشرع للزيادة الحادثة وهي في معنى الربو وحرمة الربو احق الشرع (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع ومن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبير ايرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه *

قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع

قوله فان باعه المشتري اي باع المشتري الثوب المخيط او المصبوغ او السويق الملتوت بسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان ايضا لان الرد كان ممتنعا قبل البيع للزيادة التحاذية في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري حابسا للمبيع والاصل ان في كل موضع لو كان المبيع قائما طئي ملكه يمكنه رده برضا البائع فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا للمبيع معنى لقيام المشتري مقامه في امساك المبيع فصار حبس المشتري المبيع كحبسه فكان المبيع في يده وهو يريد ان يرجع بنقصان العيب ونم له ذلك كذا ههنا وفي كل موضع لو كان المبيع في يده على ملكه لا يمكنه رده وان رضي البائع به فاذا اخرجته عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصير المشتري ممسكا للمبيع ببيعه فبقي ارش العيب بحاله

قوله وعن هذا قلنا اي عن هذا الاصل المذكور قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهبا للصغير مسلما اليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد قبل الهبة فكان حابسا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبير ايرجع بنقصان العيب لانه لم يصير مسلما الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا قبل الهبة فلم يصير حابسا فيرجع **قوله** اما الموت فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحيوة باعتبارها فينتهي بانتهائها اذا المالية بعد الموت (لا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه مؤقتا الى الاعناق فكان انهاء فضا وكاملوت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذرو والتدبير والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي * وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض * فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمدكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيا وي فصار كاملوت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان فهنا باعتبار الملك فيصير كاملستفيد به عوضا بخلاف الاعناق لانه لا يوجب الضمان لا بمحالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعندة لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذ البس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعناق ولانه تعذر الرد بفعل مضمون منتهى المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى أن البيع مما يقصد بالمشراء ثم هو يمنع الرجوع

لا تتحقق والملك في الآدمي باعتبار المالية وانتهت المالية بانتهاء الحيوة فانتهى الملك * **قوله** لان العتق أي الاعناق انهاء الملك أي اتمام لدلان الملك في الآدمي ثبت على خلاف الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد كاعتق لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عند المشتري **قوله** فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله الخ والاصل ان امتناع الرد ان كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لانه منتهى كان (مضمونا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابو حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنه ان يرجع بنقصان العيب في الكل وعنه ان يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض

مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكا اياه واذا امتنع الرد لا بفعل منه بان هلك او بفعل غير مضمون منه يرجع لانه لا يتصور ان يكون ممسكا ثم القتل فعل مضمون اذ لو اضره في ملك الغير يضمن وانما استغاد البراءة عن الضمان هنا ملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضا عن الملك ولهذا ياتم ويجب عليه الكفارة ان كان خطاء ويضمن ان كان مديونا وانما لم يضمن اذ لم يكن مديونا لعدم النائدة لاستحالة الوجوب له عليه فصار الضمان كالمسالم له معنى بهذا الاعتبار بخلاف الاعناق لانه لا يوجب الضمان عليه مطلقا لو فعله في ملك غيره لعدم النفاذ فيه ومن احدا الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا لانه اذا كان معسرا لم يضمن وهذا لان الاعناق تطرف شرعي واعتباره بشرط وهو الملك بخلاف القتل لانه حسي يتصور في الملك وغيره وهو لم يستند بالاعناق عوضا حقيقة وحكما فلا يكون حابسا للمبيع فيرجع بالنقصان ويؤيد ما ذكرنا ان العتق ليس بمضمون مسئلة ذكرها في شرح الطحاوي رحمه الله ان مشتري العبد لو وكل وكيله بقبضه قبل نقدا الثمن فقبضه الوكيل بغير اذن البائع فمات في يده كان للبائع ان يضمن الوكيل القيمة ويحبسها بالثمن ولو كان وكيله بالاعناق فاعتقه الوكيل جاز عتقه ويصير قابضا وليس للبائع ان يضمن الوكيل القيمة وله ان يطالب المشتري بالثمن فثبت ان العتق غير مضمون وكذلك قال ابو حنيفة رحمه الله في الاكل واللبس فعل مضمون عليه وانما استغاد البراءة باعتبار ملكه في المحل وذلك بمنزلة عوض يحصل له فان قيل هذا يشكل بالقطع والخياطة فانهما فعلا مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان قلنا انما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعي ولا كذلك ههنا فان الرد امتنع بفعل مضمون *

قوله وان اكل بعض الطعام الى قوله فصار كبيع البعض اذا باع بعضه ثم وجد به عيبا (لا)

(كتاب البيوع باب خیار العيب)

قال ومن اشترى بيضا وبطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكأن البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل لان ماليتها باعتبار اللب * وان كان ينتفع به مع فساد لم يرد لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رجع بوجه لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لاني ملكه نصار كما اذا كان ثوبا فقطعه * ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره نصار كالجمع بين الحر والعبد *

لا يرجع بالنقصان لاني المزال ولا في الباقي عندئذ لان امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه وعند زفر رجع بنقصان الباقي اعتبارا للبعض بالكل وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فعند ايحنيفه رجع لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقي لان الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع البعض وعنهما ان يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فاكل البعض اولى وعنهما ان يرد ما بقي لانه مما لا يضره التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكل وبعد بيع البعض عنهما روايتان في احدى الروايتين لا يرجع بشيء كما هو قول ايحنيفه رجع لان الطعام في حكم شيء واحد فبيع البعض فيد كبيع الكل وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل كذا في المبسوط *

قوله فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله اي لم ينتفع به اصلا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا للعلف

قال الامام الحلواني رجع هذا اذا اذ قد فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ماذاقه لا يرجع عليه بشيء وما لا ينتفع به اصلا كله لقرع اذا وجده مرآا والبيضة اذا كانت مذرة

قوله ولا معتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل اذا كان للقشر قيمة بان كان في موضع (يعني)

قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقراره او بيئته او باباء يمين له ان يرد على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن

يعز فيه الحطب ويستعمل فيه قشر الجوز استعمال الحطب فوجده خاوا باختلاف المشائخ رح فيه منهم من قال يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته لان العقد في القشر صا د ف محله ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا وان كان للقشر قيمة فتبين ان البيع وقع باطلا واليه مال شمس الاثمه السرخسي رح وان وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا لان الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثني في المائة وان كان الفاسد كثير او هو ان يكون في المائة اكثر من ثلثة لا يصح في الكل ويرجع بكل الثمن عندا بحقيقة رح لجمعه في العقد بين ماله قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد في البيع وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحا وهو الاصح وقيل يفسد العقد في الدل اجماعا لان الثمن لم يفصل *

قوله لانه فسخ من الاصل فان قيل ينتقض هذا بمسائل آخذ لها ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبيئته ولو كان فسحا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل والثانية ان الرجل اذا باع امته الحبلى من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري ظفر فيها بعيب فردها بقضاء القاضي ثم ولدت ولد اثم ادعاه ابو البائع لا تصح الدعوة ولو كان الرد بالبيئته فسحا للعقد من كل وجه لصحت الدعوة كما تصح في امه ابنه التي لم يبيعها ابنه اصلا والثالثة رجل باع عبدا من انسان ثم احوال بالثمن على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء القاضي لا تبطل الحوالة ولو كان الرد بالبيئته فسحا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة قلنا ذكر محمد رح في مواضع ان الرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب اليه قديم ملك الواهب (فيما)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى
القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فثبت بالبينه

فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه
اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوة ما مضى من الحول
ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول
وكذلك الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب
فيها لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى
وجعل كان الدار لم تنزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل
يخرج عليه ما احصيناه من المسائل اما مسألة الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد
وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته
باعتبار ولايته وقبل الرد لم تكن له ولاية فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك المسئلة الثالثة
لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاد مريح قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد وجعل له كان لم يكن
متناقض متعارض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ بكون لم يكن لان فسخ العقد
بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ
من الاصل ما دام العقد لانعدام ما ينافيه فتمكن في هذه الدعوى دورا وتناقض من هذا الوجه
ولكن يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذي قلنا كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله غاية الامر انه انكر قيام العيب هذا جواب سؤال بان يقال لما انكر البائع الثاني العيب فكيف
يصح رده على بائعه بالعيب الذي انكره اذا كان مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت
المناقضة لما كذبه الشارع فيه في انكاره وفيه خلاف محمد ر **قوله** ومعنى القضاء بالاقرار
وانما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعد الاقرار بالعيب لا يحتاج الى القضاء (بل)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رد ا على الموكل لان البيع ذاك واحد والموجود ههنا بيعان فبفسخ الثاني لا يفسخ الاول * وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرد له لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسحا في حقهما والاوّل ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالتقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول **قال** ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بيته لانه انكر وجوب دفع الثمن

بل يرد عليه لا ترارة بالعيب فاذا رد عليه باقراره بدون القضاء لم يكن له ان يرد على بائعه * **قوله** وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة اي المشتري اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة بخلاف الوكيل اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رد ا على الموكل ولا يكون الرد على المشتري رد ا على بائعه وان كان الرد بقضاء القاضي ولم يتفرق الحال بين الوكيل والمشتري اذا رد عليهما باقرارهما حيث يلزمهما **قوله** لان البيع هناك واحد اي في فصل الوكيل البيع واحد فاذا فسخ انفسخ في حق الموكل والموجود ههنا بيعان فبفسخ الثاني لا يفسخ الاول **قوله** والاوّل ثالثهما اي البائع الاول وبهذا تبين وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد في العيب الذي لا يحدث مثله كالا صبع الزائدة مثلا مع انا تيقنا ان ذلك العيب كان موجودا في يد البائع الاول كان أولى ان لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لانه يحتمل انه حدث عند المشتري لا عند البائع ووجه هذه الرواية ان الرد بغير قضاء القاضي اقله تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود اليه الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه **قوله** لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع (او يقيم)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن ولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعل يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه * فان قال المشتري شهودي بالشام استخلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجه اما اذا انكل الزم العيب لانه حجة فيه **قال** ومن اشترى عبدا فادعى ابا قائم يحلف البائع

او يقيم المشتري بينة وذكر في الفوائد الظهيرية بعد ما ذكر لفظ رواية الجامع الصغير كما ذكر في الكتاب فقال وفي هذا التركيب نظر لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار على الاداء ونفي الاجبار على الاداء لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر ثم قال وامكن تصحيحه بتقدير الخبر للمذكور ثانيا ومعناه او يقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار * **قوله** حيث انكر تعين حقه وهو لتسليم فان قيل ما ادعاه المشتري من العيب موهوم فلا يعارض المتحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة القضاء عن النقض **قوله** لانه على حجه لانه لو حضر شهوده كان بسبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البائع واسترداد الثمن **قوله** لانه حجة فيه اي لان النكول حجة في ثبوت العيب وهذا احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء للبيعة عند ابي حنيفة رج **قوله** ومن اشترى عبدا فادعى ابا قائم اي جاء المشتري بالعبد الى البائع وقال بعثني ابقا وانما وضع المسئلة في الاباق لان العيب اذا كان ظاهرا وهو مما لا يحدث مثله كالا صبي الزائدة او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف اذا دلب المشتري لانا ثبتنا بوجوده عند البائع او باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال يرجع الى قول الاطباء في حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة او عيبا تطلع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع الى قول النساء في توجه الخصومة فلا يتأتى في هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب في يد المشتري في الحال ولا يحتاج المشتري الى اقامة البينة على قيامه في الحال (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالحجة * فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده تطك كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوعم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليدين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده و اراد تحليف البائع ما نعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رح لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف

وانما يثبت بالبينة ما لا يعرف الا بالتجربة كالباق والسرقه والبول في الغراش والجنون * **قوله** حتى يقيم المشتري البينة اندا ابق عنده اي عند المشتري **قوله** والمراد التحليف على انه لم يابق عنده اي عند البائع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على آخر ديننا وانكر المدعى عليه قيام الدين فان التماسي يا مرامدعى عليه بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وكما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فكذلك سلامة الذمم عن الدين اصل والشغل عارض قلنا الفرق بينهما هو ان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه عسى لانه ربما لا يكون له بينة اصلا او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها اما لو تمهم او لغيتهم واما في دعوى العيب لشرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة يتوسل المشتري الى احياء حقه لان العيب اذا كان مباحيا بين امكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** والاول ذهول عنه وهو قوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب والثاني وهو قوله (لقد)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصامه الا بعد قيام المعيب واذا انكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد

لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب يوهم تعلقه بالشرطين لانه ح بتعلق الحث به لقيام العيب في الحالين فاذا كان وقت التسليم ولم يكن وقت البيع لا يحث فيدفع الرد بهذا التأويل فيتضرر به المشتري والاصح ان البائع لا يبر في يمينه الا اذا لم يكن العيب موجودا في البيع والتسليم اصلا لانه ينفي العيب عند البيع وعند التسليم فيحث اذا لم يكن متعبا في احدهما وفي قوله يوهم اشارة الى ان تأويل البائع ذلك في يمينه هذه ليس بصحيح وانما يحلف البائع على البتات والتحليف على فعل الغير وهو سرقة العبد او اباقة وفي مثل ذلك التحليف على العلم لانه استحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علما بذلك فيحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض المودع الوديعة فالقول قول المودع ويحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع وكالوكيل يبيع العبد لو قال قبض الموكل ثمن عبده بحكم الوكالة فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القمض فعلا لغيره قال القاضي الامام ظهير الدين رح هذا لا يقوى المستلثين اجدلها باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات احدهما وورثه البائع الآخر ثم ادعى المبتاع عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد رح وان كان يدعى العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان اذا باع عبدا وغاب احدهما ثم ادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر في نصيب نفسه على الجزم وفي نصيب الغير على العلم وان ادعى ان له علما بذلك *

قوله وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة والفرق لا يحنفة رح بين البينة والتحليف في ان العاجز عن اثبات العيب خصم في حق البينة دون التحليف (لا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

على الوجه الذي تدمنه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد البلوغ *

قال ومن اشترى جارية وتقبضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتهيا وحدها فقال قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقبض كما في الغصب * وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا *

قال ومن اشترى عشرين صفقة واحدة فقبض احد هما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كاللتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه

لان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقية الخصومة وان يكون المشتري خصما للبائع هنا لا بعد اثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلم يشرع التحليف لانتفاء موجهه وهو قطع الخصومة واما البينة فلا ثبات كونه خصما الا ترى ان الرجل يقيم البينة على انه وارث فلان او وكيل فلان فانه يصح *

قوله على الوجه الذي تدمنه اي على البتات بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط **قوله** كما في الغصب يعني اذا انكر الغاصب الزيادة يكون القول قوله **قوله** وكذا اذا

اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض اي في مقدار المقبوض بان كان المبيع جاريتمين ثم اختلفا فقال البائع للمشتري قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما **قوله** لما بينا

اشارة الى ان الاختلاف في مقدار المقبوض **قوله** لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه اشارة الى قوله قبيل باب خيار العيب ان الصفقة تتم مع

خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله **قوله** وهذا لان القبض له شبه بالعقد بوجهين احدهما ان القبض مثبت ملك التصرف واليد كما ان العقد مثبت

ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف واليد والثاني ان القبض موكد (لما)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

ويروى عن ابي يوسف رحمه الله يردّه خاصة والاّ صح انه ياخذهما او يردّهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يردّه خاصة خلافا لفرقة هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعري عن مضرة لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا قالوا لو استحق احد هما ليس له ان يرد الاخر

لما اثبتته العقد وللتاكيد شبه بالايجاب الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف السقوط بتمكينها ابن الزوج فالشهود اكدوا نصف المهر فصاروا كأنهم الزموا نصف المهر على الزوج *

قوله ويروى عن ابي يوسف رحمه الله يردّه خاصة كانه جعل غير المعيب تبعا للمعيب حتى جعلهما مقبوضين **قوله** وصار كحس المبيع لما تعلق زواله بحس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول الا بقبض الكل فكذلك تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فما لم يقبض الكل لا تتم الصفقة على ان الصفقة ان تناهت فيما قبض لم تنه فيما لم يقبض فدارا لتفريق بين الجواز وعدمه فلم يجز بالشك **قوله** ولو قبضهما ووجد باحدهما عيبا يردّه خاصة قيل هذا في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبد ين اما اذا لم يكن كزوجي الخف ومصراع الباب فانه يردّهما او يمسكهما حتى قال مشائخنا اذا اشترى زوجي ثورا فقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وما ذكره بعد بخطونا بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا تتم قبله **قوله** ولهذا قالوا استحق احدهما اي ولان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لو استحق احدهما بعد قبضهما ليس له ان يرد الاخر بل يلزم العقد (على)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

قال ومن اشترى شيئاً مائكال او يوزن فوجد به عيباً مبادراً كذا واخذته كله ومراعاة بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يوزن ان يدعى باسم واحد وهو الكرو ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر * ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعض

على المشتري في الآخر ولو استحق احدهما قبل القبض له ان يرد الآخر لتفرق الصفقة فيه قبل التمام وبهذا يستدل على ان تفريق الصفقة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق فيجب ان يكون في خيار العيب كذلك وهو ان يجوز بعد القبض لاقبله بخلاف خيار الرؤية والشرط لان الصفقة لا تتم ثمه بالقبض لان تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وذكر في المختار اذا اشترى عبيدين ووجد باحدهما عيباً قبل القبض رده بحصته من الثمن عند فرج كما لو وجد به عيباً بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض فهذا يخالف ما ذكره هنا *

قوله لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها واذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صلت الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكرو ونحوه فان قيل لو كان المكيل والموزون كشيء واحد كالثوب والعبد مثلاً كان له حق الرد فيما اذا استحق بعضه بعد القبض قلنا في استحقاق البعض بعد القبض من ابي حنيفة رح روايتان والفرق على احدهما ان استحقاق البعض لا يوجب عيباً في الباقي بخلاف ما لو وجد البعض عيباً وميزة ليرده لان تمييز المعيب عن غير المعيب يوجب زيادة عيب ولا فرق بين ما اذا كان الكل في وعاء واحد او في اوعية عند البعض وقيل هذا اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين فهو كعبيدين حتى يرد الوعاء المعيب دون الآخر وحكي عن الفقيه ابي جعفر رح انه قال ما ذكر من الجواب محمول على ما اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في اوعية مختلفة (فوجد)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام *
قال وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون *

قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاء لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مستطاب

فوجد في وعاء واحد عيبا يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين وكان يفتي به ويزعم انه رواية عن اصحابنا راح وقالوا لا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد او اوعية ليس له ان يرد البعض بالعيب واطلاق محمد راح في الكتاب يدل عليه وبه كان يقول شمس الائمة السرخسي *
قوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة هذا جواب اشكل وهو ان يقال ينبغي ان يكون له الخيار في رد ما بقي كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فاجاب راح وقال لا يلزم اذا لم يلزم ذلك للزم باعتبار الاستحقاق وانه لا يمنع تمام الصفقة الى آخر ما ذكر في الكتاب **قوله** وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق اي ان عيب الشركة في ذلك الثوب لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلذلك كان للمشتري ان يرد **قوله** لان ذلك دليل قصده الاستبقاء اي في ملكه لان المداواة لازالة العيب وقيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكن من الرد فكانت المداواة دليل الامساك ودليل الرضا بالعيب **قوله** لان الخيار هناك للاختبار يعني ان خيار الشرط انما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج اليه لذلك فلو جعل اختيار المالك لفات فائدة خيار الشرط اما خيار العيب انما شرع ليصل الى رأس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت فندفع الضرر فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجا اليه وانه تصرف لا يحل بدون الملك فجعل دليل الرضا * (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وان ركبها ليردها على بائعها وليسقيها او ليسقيها فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدامنه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدامنه لا نعد ام ما ذكرناه يكون رضا **قال** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عندا لمشتري له ان يردده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة رح ولا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الاختلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي في المالية فنغذا العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه

قوله وان ركبها ليردها ذكر الامام التمر تاشي رح وان ركبها ليردها على البائع فليس برضاء سواء كان منه بدا ولا وان ركبها ليسقيها فان كان منه بد فهو رضا وان لم يكن منه بد لصعوبتها بان كان جموها او لعجزه عن المشي فليس برضاء ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الكافي وقيل وتاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب **قوله** فلانه سبب الرد فيكون مفضيا اليه ومقرر له ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به اي لا وقت الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له ان يردده وباخذ الثمن عند ابي حنيفة رح وفي الجامع الصغير للامام التمر تاشي رح رجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة رح وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط ان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الادمي نصفه فينتقص قبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن عليه وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع نحو القتل العمد والردة **قوله** وانه لا ينافي في المالية ولهذا يجوز بيعه وينقل بالقبض الى ضمان المشتري حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري* (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا فما تفت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل ولان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعند لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ان لم يقبل وان قبله البائع فبثلثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما الرجوع فيتصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق

قوله عند تعذر رده اما تعذر الرد في القتل فظاهر واما في القطع فانه وجد في يد المشتري وهو عيب حادث فلا يرده الا ان يرضى البائع **قوله** مضافا الى السبب السابق وهذا لان السبب الموجود عند البائع اوجب استحقاق الفعل واستحقاقه اوجب وجودة ووجوده وجب فوته فصار ذلك مضافا اليه بهذه الوسائط كما في شري القريب والدليل على ان نسبة التلف الى سبب الاستحقاق واجته وان المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتلف انه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فرده على المالك ثم تمثل او قطع بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة او بنصف القيمة على الغاصب **قوله** وما ذكر من المسئلة ممنوعة اي مسئلة الجامل ممنوعة اي على هذا الخلاف ولئن سلم فقد ذكر في المبسوط واما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لاموت الام بل الغالب عند الولادة السلامة وهو نظير الزاني اذا جلد ولا يلزم على اي حنيقة رح الجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوبة كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وهذا الواجب على البائع تسليم المبيع كما اوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلفه بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينقض قبض (١)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وعند هما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضابه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع *

قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرد به عيب وان لم يسم العيوب بعدها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبنا ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في البراءة معنى التملك حتى يرد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تقضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف ر ح

المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينقض قبضه فيه ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى جارية محمومة فماتت في يد المشتري من تلك الحمى لانها لا يموت بمجرد الحمى بل بزيادة ترادف الآلام ولم يكن عند البائع وكذلك الامة اذا زوجها مولاهما وهي بكر ثم باعها ثم اقتضاها الزوج في يد المشتري حيث لا يرجع بنقصان البكارة لان البكارة لا تستحق بالبيع بل بالشرط بدليل ان من اشترى جارية فوجد هائبا لا يتمكن من الرد وكلامنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط وكذا الوزني العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن لان المستحق بذلك السبب الضرب المولم وموته بذلك بمعنى عارض وهو خرق الجلد اضعف المجلود فلم يكن مضافا الى ذلك السبب *

قوله وعند هما يرجع الاخير على بائعه لانه لم يصرحا بسا للمبيع حيث لم يبعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه صار بالبيع حابسا للمبيع **قوله** في الكتاب اي في الجامع الصغير **قوله** في الصحيح وفي رواية عنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كالا استحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق عند الجهل به يرجع بكل الثمن ولشبهه بالعيب لا يرجع عنه عند العلم بشيء مما بهما وان اعتقه المشتري فقطعت يده (لو)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وقال محمد ر ح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر ر ح لان البراءة تناول الثابت ولا يبيوسف ر ح
ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث *

او قتل فعندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب وعندا يحنيفة ر ح لا يرجع لان القطع
والقتل لم يتضمنا تفويت المالمية هنا لانعدام المالمية يوم القطع والقتل *

قوله وقال محمد ر ح لا يدخل فيه الحادث واجمعوا على ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل
عيب به انه لا يبرأ عن الحادث لانه لما قال به اقتصر على الموجود كذا في شرح الطحاوي
قوله ولا يبيوسف ر ح ان الغرض الزام العقدان قيل الرواية منصوطة في شرح الطحاوي
وفي المبسوط ايضا بانه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع
والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة عندنا قلنا قد ذكر في الذخيرة انه اذا باع
بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عندا يبيوسف ر ح خلافا لمحمد ر ح
وذكر في المبسوط في موضع آخر ولا رواية عن امي يوشف ر ح فيما ذكر اذ انص على البراءة
من العيب الحادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد
مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول ههنا ظاهر لفظه يتناول العيوب
الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعالان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما
وقد يدخل في التصرف تبعا مالا يجوز ان يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب
في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية وذكر في شرح الطحاوي ولو وجد المشتري
بالمبيع عيبا فجاء يردده بعد ما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلغا فقال البائع كان
هذا العيب موجودا ودخل في البراءة وقال المشتري هو حادث ولم يدخل في البراءة فعلى
قول ابيوسف ر ح لا فائدة لهذا الاختلاف لانه تبرأ عنهما جميعا وعند محمد ر ح القول قول البائع
مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت
حق الفسخ له بحديث العيب باطن فاذا ادعى المشتري باطنا ليزيل به ظاهرا لم يصدق * (باب)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

* باب البيع الفاسد *

اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كما تباع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رض هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول
البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال

* باب البيع الفاسد *

قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد والفاسد اعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس **قوله** هذه فصول اي مسائل جمعها اي القدوري رح فنقول البيع بالميتة والدم باطل انما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل بيع الميتة والدم لثبت حكم البطلان في بيع الميتة بالطريق الاول وذلك لان الباء يدخل في الاتباع والوسائل ولهذا يقال كتبت بالقلم والايمان اتباع الاتري ان البيع يجوز وان لم يكن الثمن موجودا ولا يجوز البيع عند عدم المبيع الا في موضع خاص ولما بطل البيع عند جعل الميتة والدم تمنا لان يبطل يجعلهما مبيعا اولي وهذا اللفظ مجرى على عمومه فيما اذا اريد بالميتة الحيوان الذي مات حقيقته وانفه واما اذا اريد بها المختقة والموقوذة فليس بمجرى على عمومه فان بيع المختقة والموقوذة جائز عند اهل الكفر وان كانت ميتة عند المسلمين وفي التجنيس اهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم بان يخنقوا الشاة او يضربوها حتى يموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا الاتري ان المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان هذا ميتة **قوله** عند احد اي ممن له دين سماوي وهذا لان صفة المالية للشيء يتمول كل الناس او يتمول البعض اياه والقيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان ابيع الانتفاع بها شرعا لعدم تمول الناس اياه (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشائخ لان العقد غير معتبر في قبض المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حلا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما كذا في بيع ام الواد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميته والدم والحرباطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير

قوله فانه مال عند البعض اي الخنزير مال عند البعض والخمر مال مطلقا واران كل واحد منهما مال متقوم عند البعض اي عندها هل الذمة **قوله** ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشائخ فمنهم الشيخ الامام احمد الطاوي وسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وعند البعض يكون مضمونا ومنهم الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك ففيه اتفاق الروايات على ان المشتري يملكه واما اذا قبضه بعد الانتراق عن المجلس بغير اذن للبائع هل يملك ذكر في الماذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان الثمن شيئا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون اذ ناله بالقبض كذا ذكره الامام قاضي خان رح في الجامع الصغير وعند مشائخ بلخ رح الفاسد يفيد ملك العين وعند مشائخ العراق يفيد ملك التصرف لا ملك العين ولهذا لا يجوز للمشتري ان يثأ جارية اشتراها بشري فاسد ولا شفعة في الدار المشتراة به ولا يحل اكل طعام اشتراه به واما مشائخ بلخ رح فقالوا ان جواز التصرف له بناء على ملك العين وهو الاصح بدليل ان من اشترى دارا بشري فاسد وقبضها فبيع بجنبها دارا للمشتري ان يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية بشري فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب على البائع الاستبراء ولو باع الاب او الوصي (عبد)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

أَنَّكَ قَوْلُ بِالْدينِ كَالْدرَاهِمِ وَالْدينَانِيرِ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ وَأَنَّكَ قَوْلُ بَعِينٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ
حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُقَابِلُهُ وَأَنَّكَ لَا يَمْلِكُ عَيْنُ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْخَمْرَ
مَالٌ وَكَذَا الْخَنْزِيرُ مَالٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لِمَا أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِهَا نَتَهَ
وَتَرَكَ اعْزَازَهُ وَفِي تَمْلِكِهِ بِالْعَقْدِ مُقْصُودٌ اعْزَازُ لَهُ وَهَذَا لِأَنَّهُ مَتْنٌ اشْتَرَاهُمَا بِالْدرَاهِمِ
فَالْدرَاهِمُ غَيْرُ مُقْصُودَةٍ لَكُونِهَا وَسِيلَةً لِمَا أَنَهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَأَمَّا الْمَقْصُودُ الْخَمْرُ

عَبْدَيْتَيْمٍ يَبِيعُ فَاسِدًا أَوْ قَبْضَهُ الْمُشْتَرِي وَاعْتَقَهُ جَازِعَتَهُ وَلَوْ كَانَ عَتَقَهُ عَلَى وَجْهِ التَّسْلِيْطِ
لَمَا جَازَلَانِ عَتَقَهُمَا أَوْ تَسْلِيْطَهُمَا عَلَى الْعَتَقِ لَا يَجُوزُ فَعَلَمُ بِهَذِهِ الْأَحْكَامِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْعَيْنَ
وَأَمَّا لَمْ يَحْلُوطِيَّ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَاةَ بِشَرِيٍّ فَاسِدَلَانِ فِي الْأَشْتِغَالِ بِالْوُطْئِ أَعْرَاضًا
مِنَ الرَّدِّ قَالَ الْأَمَامُ الْحَلَوَائِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْوُطْئُ وَلَا يَحْرُمُ كَذَا فِي الْيَتِيْمَةِ وَأَمَّا يَثْبُتُ الشَّفْعَةُ لِأَنَّ
فِي قَضَاءِ الْقَاضِي بِالشَّفْعَةِ تَأْكِيدَ الْفُسَادِ وَتَقْرِيرَهُ وَلَا يَحْلُ أَكْلُهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الْأَعْرَاضِ عَنِ الرَّدِّ *

قوله أَنَّكَ قَوْلُ بِالْدينِ كَالْدرَاهِمِ وَالْدينَانِيرِ فَرَسَدَلَانِ يَنْبَغِي لَنَا أَنْ نَقُولَ لَهَا أَنَّهَا أَمَّا
لَا يَنْبَغِي لَنَا فِي الْأَصْلِ ثَمَنُ الْأَشْيَاءِ وَقِيَمَتُهَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ
مَعْدُودَةٍ فَرَسَدَلَانِ بِالْدرَاهِمِ وَقَالَ الْفَرَاءُ الثَّمَنُ مَا يَكُونُ فِي الذِّمَّةِ وَالْدرَاهِمُ وَالْدينَانِيرُ
لَا تَتَعَيَّنَانِ عَلَى أَصْلِنَا فِي عَقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ وَأَمَّا يَنْعَقِدُ عَلَى مِثْلِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ
فَجَعَلُوا الدَرَاهِمَ وَالْدينَانِيرَ ثَمَنًا لِهَذَا وَالْإِعْيَانِ الَّتِي لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ
كَغَيْرِ الْمَكِيلَاتِ وَالْمُوزَنَاتِ مَبِيعَةٌ أَبَدًا وَالْمَكِيلَاتُ وَالْمُوزَنَاتُ وَالْعَدْدِيَّاتُ الْمُتَقَارِبَةُ فَهِيَ
مَبِيعَةٌ وَثَمَنٌ فَإِنْ قَابَلَهَا بِالْدرَاهِمِ وَالْدينَانِيرِ فَهِيَ مَبِيعَةٌ وَأَنَّكَ قَوْلُ فِي مُقَابِلَتِهَا عَيْنَ
فَأَنَّكَ كَانَتْ الْمَكِيلَاتُ وَالْمُوزَنَاتُ مَبِيعَةٌ فَهِيَ مَبِيعَةٌ وَثَمَنٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَبْدُلُهُ مِنْ مَبِيعٍ
وَثَمَنٍ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بَانٍ يَجْعَلُ مَبِيعًا بِلَوْنٍ مِنَ الْآخِرِ لِأَنَّ الْمَكِيلَ وَالْمُوزُونَ يَتَعَيَّنَانِ
فِي الْبَيَاعَاتِ كَالْعُرُوضِ فَجَعَلْنَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا مِنْ وَجْهِ ثَمَنٍ مِنْ وَجْهِ وَأَنَّكَ كَانَتْ الْمَكِيلَاتُ
وَالْمُوزَنَاتُ غَيْرَ مَبِيعَةٍ فَإِنْ اسْتَعْمَلْتَ اسْتِعْمَالَ الْإِثْمَانِ فَهُوَ ثَمَنٌ نَحْوَانِ يَقُولُ (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمير لان المشتري للثوب
انما يقصد تملك الثوب بالخمير وفيه اجزاز للثوب دون الخمير فبقي ذكر الخمير معتبرا
في تملك الثوب لا في حق نفس الخمير حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب
دون الخمير وكذا اذا باع الخمير بالثوب لانه يعتبر شرى الثوب بالخمير

اشترى هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف ذلك وان استعملت استعمال المبيع كان مبيعا
بان قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم *

قوله فسقط التقوم اصلا اي لم يظهر حكم التقوم في نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لان
التمن يثبت في الذمة بالعقد وثبوته في الذمة انما يكون حكما تملكه بمقابلة تملك مال آخر فاذا
لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فيبطل
العقد اصلا وان كان قول بعين ظهر حكم التقوم في حق تملك العين فصار العقد منعقد في حق العين
ولم يصح تسمية الخمير في نفسه فيكون العقد واقعا بقيمة العين لانه لا يملكه مجانا بل بعوض وقد تعذر
مقابلته بذلك العوض اذا لاقية لذلك العوض فيضار الى قيمة هذا العوض ضرورة والعقد الصحيح
يقع مضمونا بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد حتى اذا اشترى شيئا هو عنده مضمون بالقيمة
لم يحتج الى قبض جديد للمشتري حتى يكون الهلاك عليه ويتم العقد الا ان ضمان القيمة لا يظهر
لقيام المشروط بينهما بتراضيهما وهو لثمن مقام ذلك ولهذا نقول المقبوض بسوم الشراء مضمون
بالقيمة لان الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الاصلي وههنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس
الشرط فلم يسقط الضمان الاصلي فوجبت القيمة حتى تم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان
الذي يوجب العقد متى انعقد البيع ولم يكن غيره **قوله** وكذا اذا باع الخمير بالثوب
اي يكون البيع فاسدا باطلا وان كان فيه شبهة كون الخمير مبيعا لدخول الباء في الثوب
ولكن قد ذكرنا ان المكيلات والموزونات اذا كانت معينة فهي مبيعة وثمن والكلام فيما اذا كان
الخمير والثوب معينين فلما كان في الخمير جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

لكونه مقايضة **قال** وبيع ام الولد والمدر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله م اعنتها ولد ها وسبب الحرية انعقد في حق المدر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق *

قال وان ماتت ام الولد او المدر برقي بدالمشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقال عليه قيمتهما وهورواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدر وام الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم اليهما

البطلان صونا لتصرف العاقلين المسلمين عن الالغاء والبطلان بقدر الامكان *

قوله لكونه مقايضة المقايضة هي بيع العرض بالعرض سمي بهالتساوي العوضين في العينية يقال هما فيضان اي متساويان **قوله** لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد وتفسير حق العتق هو استحقاق لا يدخل عليه الا بطل كذا في الجامع لفخر الاسلام **قوله** لازمة في حق المولى حتى لا يملك المولى فسخ الكتابة ولا يكون لازما من جهة المكاتب حتى يملك ان يعجز نفسه **قوله** حتى يملك ما يضم اليهما كما اذا جمع بين قن ومدر صرح البيهقي في القن ولو لم يدخل في البيع لما انعقد على القن كما لو جمع بين حر وقن **قوله** وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما لانهما ليسا بمحل البيع فلا يفيد دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم في المضموم اليه فان قيل ينبغي ان يكون في ضم الحر الى العبد هكذا قلنا الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله في البيع اما المدر وام الولد فمال وانما امتنع البيهقي لتضمنه بطلان حتى الحرية (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقدة بانفراد وانما يثبت حكم الدخول فيما
ضمه اليه كذا هذا * ولا يجوز بيع السهمك قبل ان يصاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة
اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان
يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك *
ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور
التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عن بيع الحبل وحبل الحيلة ولان فيه غررا *
ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره *
قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط
المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع
في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه ممنه عن بيع الصوف
على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح

قوله فصار كمال المشتري كما لو اشترى من غيره عبد نفسه وعبد البائع صفقة واحدة
فان عبده يدخل في شرائه ليشبث الملك في حق الآخر وهذا لانهما مالان حقيقة حران من وجه
قد خلا تحت البيع في حق انعقاد العقد ون الحكم عملا بل لا يلين بخلاف الحر لانه
ليس بمال بوجه **قوله** ولا بيع الحمل ولا النتاج الحمل ما في البطن والنتاج ما يحمل هذا
الحمل وهو المراد من حبل الحيلة في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية
فابطل ذلك بالنهي ولان فيه غررا وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع فيه غرر وهو
ما انطوت عنك معنيه وخفيت عليك عاقبته **قوله** لانه من اوصاف الحيوان الصوف
قبل الجزاز وصف الحيوان لان ما يكون متصلا بالحيوان هو وصف محض بخلاف
ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك **قوله** ولانه ينبت
من اسفل بضم الباء وذلك يتبين فيما اذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركها اياما (ف)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه *

قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع اولم يذكره لانه لا يمكن التسليم الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعضه ولولم يكن متعينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر والبذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود *

فالمغضوب يبقى على رأسه لا على أصله بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها حتى لو ربطت خيطا في اعلاها وتركها ما يبقى الخيط اسفل مما في رأسها الآن والا على ملك المشتري *

قوله في هذا الصوف اي الصوف على ظهر الغنم **قوله** لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولا يقال بانه

رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لان التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا

وفي الفوائد الظهيرية العقد مشروع والضور غير مشروع فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا

ولا يلزم المكاباة لانه ليس فيه تفويت باستهلاك المال ولا بيع الحساب في الدار اذا لم يمكن اخراجها الا

بقلع الباب لانه ممنوع على ما اختاره البعض وبعد التسليم المبيع هنا يتعين وغیره ايضا وفي الحساب

انما يتعين البناء دون الحساب وفيما اذا اشترى نخلا او شجرا على ان يقطعه المشتري لوزر على ان

ان يحصده قالوا يجب ان يجوز لانه امكن تسليمه من غير ان يتصل بالارض ضرر وفي هذا التعليل

اشارة الى ان التعويل على ضرر يلزم في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض

لانه لا يمكن القلع الا بحدن الارض وعند البعض يجوز للتعامل فصار كبيع الكراث يجوز للتعامل

وان كان القياس بابي جواز لانه ينمو من اسفله فيختلط المبيع بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهر

الغنم فبقي على اصل القياس والمراد من قوله وذراع من ثوب ما اذا كان ثوبا يضره القطع

نحو القميص والعمامة **قوله** اما الجذع فعين موجود فان قيل لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح

لا يجوز ولو ذبح الشاة و سلخ جلد ها وسلمه لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد ميتا (موهودا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال وضربة القائن وهو ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذود مثل كيله خرصا لأنه ممنه عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكبلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه ممنه عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمر فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعري له ما على النخيل من المعري بتمر مجذود وهو بيع مجاز لأنه لا يملكه فيكون برا مبتدأ * ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوخص الرجلان على سلعة أي يتساويمان فإذا أمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملاسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر

موجودا وكذلك لو باع كرشها أو أكارعها ثم ذبح وسلم قلنا الجلد وإن كان عينا موجودا لكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا بخلاف الجذع فإنه عين مال في نفسه وإنما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد إلا أنه عد عا جزا عن التسليم حكما لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد فإذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب الشبكة على الطائر القاه عليه ومنه نهى عن ضربة القائن هو الصائد وفي تهذيب الأزهري عن ضربة القائن وهو الغواص على الآلي وذلك أن يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا *

قوله ولأن فيه غررا لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد الزبن الدفع وناقة زبون تزبن حالها ومنه الزبون للابل الذي يغبن كثيرا على الأسناد المجازي واستزبنه وتزبنه اتخذه زبونا والمزابنة بيع التمر في وؤس النخيل بالتمر كيلا من الزبن أيضا لأنها يودي إلى النزاع والدفاع **قوله** يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة أوسق وله (في)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الملاسة والمناذة ولان فيه تعليقا بالخطر *

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال علي انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه * ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاً اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لا شراك الناس فيه

في مقدار خمسة اوسق قولان قلنا العربية العطية قال عليه السلام للخراصين خففوا في الخرص فان في المال العربية والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطاء وتفسير العربية ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوزا بالخرص ليدفع ضرورة عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهذا عند ناجائز لان الموهوب لم يصير ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا عنه بل هبة مبتدأة وانما سمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق نظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فقل كما وقع عنده *

قوله وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الملاسة والمناذة الحديث لم يتعرض لبيع القاء الحجر ولكنه الحق ببيع الملاسة والمناذة بطريق الدلالة وهو ان يتساوما فان احب المشتري الزام البيع لمسه بيده او وضع الحجر فيكون مشتريا لها رضي مالكها او لم يرغ وان احب مالكها الزام البيع ينبذها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك وذكر في المنتقى قال ابو حنيفة رحمه الله الملاسة ان يقول ابيعك هذا المتاع بكذا فاذا المستك وجب البيع او يقول المشتري كذلك والقاء الحجر ان يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر وجب البيع **قوله** الكلاً واحدا الا كلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس كذا في المغرب وانما قال المراد الكلاً لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض فيجوز (بيعها)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

بالحديث وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولوعقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى *

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبعل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناير

بيعها فلا يصح ان يراد وانما المراد بها ما يحويه المراعي من الكلاً اطلاقاً لا اسم المحل على الجال *

قوله بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلاً والنار والمراد بالماء الذي في الانهار والآبار اما اذا اخذه وجعله في وعاء فقد احرزه فجاز بيعه وبالكلاً ما نبت في ارض غير مملوكة وما نبت في ارض مملوكة بغير انبات رب الارض لان رب الارض لا يكون محرزاً له بكونه في ارضه واذا انبت صاحب الارض بالسقي والتربة في ارضه اختلفت الروايات فيه فانه ذكر في الذخيرة والمحيط ولوباع حشيشا في ارضه ان كان صاحب الارض هو الذي انبت بان سقاها لاجل الحشيش فنبت بتكلفه جاز لانه ملكه الا ترى انه ليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه وان نبت بنفسه لا يجوز لانه ليس بمملوك له بل هو مباح الاصل الا ترى ان لكل احد ان يأخذه وفي القدوري ولا يجوز بيع الكلاً في ارضه ولو ساق الماء التي ارضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلاً لم يجزيه لان الشركة في الكلاً ثابتة بالنص وانما ينقطع الشركة بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلاً فبقي الكلاً على الشركة فلا يجوز وذكر الامام النمر تاشي والاسي جابي عن المتأخرين اذا نبت الكلاً بسقي رب الارض وقيامه على ذلك ملكه وجاز بيعه قبل الاحتشاش ولو احتشاه انسان بلا اذنه كان له الاسترداد وهو مختار الشهيد وان نبت الشجر في ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لا بانباته وذكر الحلواني عن محمد رحمه الله: لكلاً ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلاً مثل الحاج وكان الفضلي يقول (هو)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كواراً فيها
عسل بما فيها من النحل يجوز تباعه كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند
أبي حنيفة رح لأنه من الهوام وعند أبي يوسف رح يجوز إذا ظهر فيه القز تباعه وعند
محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعاً به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رح

هو كلاً ومعنى إثبات الشركة في النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وتجفيف الثياب
بها ما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بأذن صاحبها وذكر في الفوائد الظهيرية
وكذلك لا يجوز الإجارة لأن المستحق بالإجارة المافع دون الأعيان إلا إذا كانت الأعيان
آلة لأقامة العمل المستحق بالإجارة كالأصبع في استجار الأصباغ والمبني في استجار
الظفر لكونه آلة للخضاب والظوؤرة وذكر الأمام التمر تاشي رح بخلاف استجار الظفر
حيث يجوز لأن لبن بنات آدم في حكم المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه *

قوله والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه أحترز بقوله لا بعينه عن بيع المهر والجمش فانهما
وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المال بأعيانهما فيجوز البيع الكوارة بالضم
والتشديد عن العوري معسل النحل إذا سوى من طين **قوله** كذا ذكره الكرخي رح
هكذا ذكره هنا وذكر في موضع آخر أن هذا قول القدوري وأنكر أبو الحسن وهو الكرخي
جواز بيع النحل مع المعسل وقال إنما يدل على الشيء في البيع تباع الغيرة إذا كان من حقوقه
كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية * **قوله** وعند محمد رح
يجوز كيف ما كان وعليه الفتوى اعتباراً للعادة ولأنه يتولد منه ما هو منتفع به
فيصح بيعه كبذر البطيخ ففي دود القز مرا بوحيفة رح على أصله المذكور في بيع النحل
وكذا محمد رح مر على أصله فقال بالجواز فيهما وأما أبو يوسف رح ففرق ففي بيع
النحل مع أبي حنيفة رح وفي بيع دود القز مع محمد رح فقال ما ظهر من القز منتفع به في
المستقبل فكان بمنزلة المهر بخلاف النحل كذا في الفوائد الظهيرية * (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف رح مع أبي حنيفة رح كما في دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عم عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عليه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لأنعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رح أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية

قوله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقال الإمام المحبوبي رحمه الله وعليه الفتوى وفي الذخيرة فإنه اختيار الصدق والشهيد رحمه الله **قوله** وكان أشهد عليه أي أنه يأخذه للرد على المولى لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة هو أدنى لأنه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو أقوى لأنه مضمون لازم ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً وذكر الإمام التمرقاشي رح وإن لم يشهد فكذلك عند أبي يوسف رح أي لا يصير قابضاً وعندهما يصير قابضاً عقيب الشراء وإن كان أخذه لنفسه يصير قابضاً عقيب الشراء عندهم جميعاً **قوله** ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق لا يتم ذلك العقد ويحتاج إلى بيع جديد وبه أخذ جماعة من مشائخنا وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي وهكذا ذكر شيخ الإسلام رح لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتاً وقت البيع فلا يجوز وأن وجدته من بعد وصار كما لو باع خمراً فصار خلا في المجلس وسلمه أو باع طيراً في الهواء أو سمكاً في الماء ثم أخذه وسلمه في المجلس فإنه لا يجوز **قوله** لأنعدام المحلية لأن محل البيع مال ومقدور التسليم والآبق ليس بمقدور التسليم ولأن المالية في الآبق باوية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من التبع فإن قيل فلم جازاً اعتاقه قلنا لا اعتاق (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد **رح** *
قال ولا يبيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي **رح** يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه
جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف **رح** انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد
على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل
يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن *

ابطال الملك فلان سلم تواه بالابق واما البيع فاثبات الملك للمشتري والتوى بنا فيه
فلا يثبت وعن ابي حنيفة **رح** انه يتم العقد وبه اخذ الكرخي **رح** وجماعة من مشائخنا
وذكر القاضي الاسي جابي **رح** وبعد ظهور الابق فايهما امتنع من البائع والمشتري
يجبر على التسليم والتسلم ولا يحتاج الى بيع جديد الا اذا كان المشتري رفع الامر
الى القاضي وطلب التسليم من البائع وظهر عجزه عن التسليم وفسخ القاضي العقد
بينهما ثم ظهر العبد فمحتاج الى بيع جديد كذا في الذخيرة *

قوله والمانع قد ارتفع وهو العجز فاذا زال صار كان لم يكن كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل
الخصومة كذا في المبسوط وكوباع الابق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له اوليتيم في حجرة جازلان
ما بقي له من اليد في الابق يصلح لقبض الهبة دون البيع واعتاق الابق عن الكفارة جائز اذا علم
حيوته ومكانه كذا ذكره التمر تاشي **قوله** ولا يبيع لبن امرأة في قدح وانما قال في قدح لانه لو لم يذكر
القدح لتوهم انه يجوز بيعه اذا كان في القدح وانما لا يجوز بسبب كونه في الثدي كما هو الحكم
في البان سائر الحيوانات انه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز وان كان في القدح او في غيره من الاء
يجوز **قوله** لانه مشروب طاهر في النهاية ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احتراز عن الخمر
وعما لا يتقوم في نفسه مع كونه طاهرا كحبات الحنطة لعدم الانتجاع فانه لا يجوز بيعهما لفوات
وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة ولنا انه جزء الآدمي (فلا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخنزير للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرر ولا
الى البيع وتوقع في الماء القليل يفسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده

فلا يكون ما لالان المال هو غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي مما يجري فيه الشح والخصه ومحل
البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره اصلا واماد لانه ان اللبن جزء الآدمي فهو ان الشرع اثبت حرمة
الرضاع لمعنى البغضية فلما كان هو جزء الآدمي والآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال
بالبيع وغيره فلذلك لا يجوز بيعه فان قيل اجزاء الآدمي مضمونة بالاتلاف فوجب ان يكون اللبن
كذلك قلنا اجزاء الآدمي لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح
اذا اتصل بدا البره يسقط الضمان وكذلك السن اذا نبتت الا ما يستوفى بالوطئ فانه مضمون وان
لم ينقص شيء تعظيما للبضع الا ترى انه يجب وان اذنت بالاستيفاء اذا لم يجب الحد بخلاف الطرف
فانه لا ضمان فيه مع الاذن وهذا لان ما يستوفى بالوطئ ملحق بالنفس حكما في حق الضمان
احتراما للماء الذي منه النفس وباتلاف اللبن لا ينتقص من الاصل شيء فلا يضمن كذا في الاسرار
واما قوله انه مشروب طاهر فلهذا لا نسلم بان اللبن مشروب على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان
لاجل الضرورة فهم لا يتربون الا باللبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة حتى
لو استغنى لم يمح شربه وصبه في عين رمد عند بعض اصحابنا لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول
به ولا يدل هذا على انه مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يملك بالعقد للحاجة الى قضاء
الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يدل على انه مال متقوم مع ان الغذاء
ما في الثدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق واماما يحلب بالقوارير فقلما يحصل به غذاء
الصبي وفي تجويز بيع ذلك فساد فانه يثبت حرمة المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربى به
من الصبيان فاذا لم يكن معلوما يتمكن فساد في النكحة من الله والله لا يحب الفساد *
قوله فلا يجوز بيعه اهانة له فان قيل جعل البيع في لبن الآدمي وشعره دليل الاهانة (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يبيوسف روح ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها* ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن *

قال ولا يبيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة* ولا بأس ببيعها والانتفاع بها

وفي شعر الخنزير دليل الاعزاز فكيف يكون الشيء الواحد دليل الاعزاز والاهانة فلما انما كان كذلك باعتبار المحل كما ان الاحراق اهانة في حق الآدمي اعزاز في حق الحطب حيث اعتبر به دون غيره وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكرة للبائع وقيل لا يطيب الثمن للبائع ولا بأس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم وفي الشافي لو صلى ومعه شعر الخنزير اكثر من قدر الدرهم وزنا عند بعضهم وبسطا عند آخرين لم تجز عند ابيوسف روح وقال محمد روح تجوز وفي الذخيرة في المنتوف واما المخروز فظاهر *

قوله لان اطلاق الانتفاع به دليل الطهارة والصحيح قول ابي يوسف رحمه الله لانه لو كان طاهرا مباح الانتفاع به يصح بيعه قياسا على عامة ما هذا شأنه وعن بعض السلف انه كان لا يلبس مكعبا او خفا مخروزا بشعر الخنزير **قوله** الواصلة التي تصل الشعر والمستوصلة التي تفعل بها ذلك وروي عن محمد روح انه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روي ان النبي عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعرة بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل وانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل **قوله** فيزيد في قرون النساء وذوائبهن اي يزيد في اصول الشعر للتكثير وفي الذوائب للتطويل **قوله** ولا يبيع جلود الميتة (قبل)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

بعد الدباغ لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبتها وصوفها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحملها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه ويستنع به **قال** واذا كان السفن لرجل وعلوه لاخر فسقطا وسقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احراره والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء

قبل ان تدبغ ولا يقال نجاستها لما اتصل بها من الدسومات فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس لانا نقول هذه الدسومات في الجلد باعتبار اصل الخلقة فلما لم يزايله بالدبغ فهو كعين الجلد وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فاما النجاسة في الثوب فليس باصل الخلقة بل جاورته بعد ان لم تكن متصلة بالثوب فلا يتغير حكم اصل الثوب من حيث الانتفاع به وجواز بيعه كذا في الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رح *

قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح لانه بمنزلة الخنزير في حق تناول اللحم وغيره فكان نجس العين كالخنزير وعندهما بمنزلة السباع لانه منتنع به حقيقة فكان منتنعا به شرعا اعتبارا بسائر السباع هذا هو الاصل الا اذا قام الدليل بخلافه **قوله** حتى يباع عظمه هذا اذا لم يكن على عظم الفيل واشباهه دسومة وما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه **قوله** فباع صاحب العلو علوه اي حق التعلي والمال هو المحل للبيع فان محيل البيع هو مال او حق يتعلق بالعين وحق التعلي يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واحراره **قوله** لانه حظ من الماء والماء عين مال فكان بيع الشرب بمنزلة بيع العين فان قيل لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين ينبغي ان لا يجوز البيع اذا كان الماء معدوما في الارض قلنا انما يجوز للضرورة وبفرضية وجوده كالسلم والاستصناع (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب *
قال ويبيع الطريق وهبته جائز ويبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتل وجهين بيع رقبة الطريق
والمسيل يبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان
له طولاً وعرضاً معلوماً واما المسيل فمجهول لا ندل يدري قد رما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي
بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم
لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلّي وعلى الارض مجهول
لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلّي على احدى الروايتين ان حق التعلّي يتعلق
بعين لا بيقين وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور فيتعلق بعين بيقين وهو الارض فاشبه الاعيان *
قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما اذا باع كباشا فاذا
هو نعجة حيث ينقصد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه
في النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا

قوله ولهذا يضمن بالاتلاف بان يسقي ارضه بشرب غيره وله قسط من الثمن حتى لو ادعى
رجل شراء ارض بشربها بالى فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما
لاختلافهما في ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل
بالشرب فصارا خلافاً في مقدار ثمن الارض وانما لم يجزيعه مقصوداً في رواية وهو اختيار
مشائخ بخار الجهالة ويبيع المسيل لا يخلو عن خمسة اوجه اما ان يريد به بيع رقبة المسيل وهي
النهر فهو جائز او يريد به رقبة الارض لتسييل الماء فهو على وجهين ان بين حدوده وموضعه
فهو جائز ايضا وان لم يبين لا يجوز واما ان يريد به حق التسييل فهو لا يخلو اما ان كان على السطح
وهو غير جائز لمعنيين احدهما انه متعلق بالهواء فكان بمنزلة حق التعلّي والثاني بمنزلة الجهالة
لان التسييل مجهول مختلف لقلّة الماء وكثرتها وفي الارض وان لا يجوز للجهالة **قوله** فاذا هو غلام
ذكر الضمير بتذكير الخبر **قوله** والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه وهو متفق عليه (في)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لغوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خبز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكرو الانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوزاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما *

في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه في وجه قول محمد رح في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلا تفتقهم على ذلك الاصل لم يقع الخلاف هنا في مسئلة من باع جارية فاذا هو غلام *

قوله ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى وفي الجامع الصغير للتمرتاشي اشار في البيع ومسمى فان كان المشار اليه خلاف المسمى جنسا يتعلق العقد بالمسمى اذا لم يعلم المشتري ان المشار اليه خلاف جنس المسمى فان علم تعلق بالمشار اليه حتى لو قال بعتك هذه الجارية و اشار الى العبد تعلق العقد بالعبد وكذا لو قال اشتراني جارية بهذه الدراهم و اشار الى البدنانير تعلق التوكيل بالبدنانير وذكر فخر الاسلام رح انما يتعلق بالمشار اليه في متفقي الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هناك ممكن بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعته هذا العبد الخباز فاذا هو ليس بخباز كان البيع صحيحا وكان ذكرا الوصف للترغيب واذا كان بخلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى لان العقد يثبتني على المسمى وهو المقصود والبناء على المقصود واجب ويتخير لغوات الوصف وذكر في الفوائد الظهيرية وبثبت الخيار اذا كان الموجود انقص هكذا ذكرنا وهكذا ايضا ذكره صدر الاسلام في الجامع الصغير وذكر صاحب المحيطان للمشتري الخيار من غير تقييد بكونه انقص وهو الصحيح لغوات المقصود المدلول عليه بالاشراط **قوله** جنسان للتفاوت في الاغراض فالمبتغى من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاماء الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد **قوله** للتقارب فيها فالمبتغى من الكل اللحم والركوب والحمل (الو)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال ومن اشترى جارية بالف درهم حاله او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمس مائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيرة سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة

الوزاري بفتح الواو وكسرهما والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذا قرية بسمرقند والزندنجي ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارا كذا في المغرب *

قوله او بالعرض يعني اشترى بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض اقل من الالف فانه جائز بالاتفاق ولو باعها بالدرهم ثم اشتراها بالدنانير وقيمة الدنانير اقل من الثمن الاول لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لفرورح ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وهوان امرأة دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها وقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية الى العطاء بثمان مائة درهم ثم بعتهامنه بستمائة فقالت عائشة بشس ما شريت وبشما اشتريت ابليغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطال حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب عن هذا فاذا هازيد بن ارقم معذرا فقلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يهتدي اليه العقل اذ شيء من المعاصي دون الكفر لا يبطل شيئا من الطاعات الا ان يثبت شيء من ذلك بالوحي فدل على انها قالت سماعت واعتذار زيد اليها دليل على ذلك لان في المجتهديات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الى صاحبه فيها ولا يقال انما الحققت الوعيد به للاجل الى العطاء لاننا نقول ان مذهب عائشة رض جواز البيع الى العطاء ولانها قد كرهت العقد الثاني بقولها بشما شريت وليس فيه هذا المعنى وانما ذمت البيع الاول وان كان جائزا عندنا لانه صار ذريعة الى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد وهذا كما يقول لصاحبه بشس البيع الذي (او)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

بسماء شريت واشتريت ابغني زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطال حجه وجهاده مع رسول صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصال اليه المبيع وقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة *

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقذه الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقا بلة التي لم يشترها من البائع فيكون مشترى للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صا حبتها

او تعك في هذا الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل يحتمل انها ذمت البيع الاول لفساده بجهالة الاجل وانهار جعت عن تجويز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض اذا القبض لم يذكر في الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربوا حتى تلت عليه آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض الربوا *

قوله بسماء شريت اي بعته لان الشراء يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة اي باعوه ثم انما ذمت العقد الثاني لان الفساد فيه مقصود وفي الاول باعتبار الوسيلة فان قيل قد جاء الوعيد ايضا في تفريق الوارد عن الوالد المبيع ومع ذلك لو فعله فالبيع جائزا فاسد قلنا الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا ايضا فلما امكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في جواز البيع وكرة ذلك نسبة الى التفريق وما ههنا لما كان الوعيد شبهة الربوا والربوا مخصوص بالبيع فوجب الفساد ولان في هذا لما كان شبهة الربوا وجب الفساد لان شبهة الربوا ملتصقة بحقيقة الربوا فوجب الفساد كحقيقته

قوله ولان الثمن لم يدخل في ضمانه لان الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التي خرج من ملكه وتقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا سلم للبائع خمسمائة مغ سلامة الجارية بثلثه وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها تنشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثاني (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه

والثمن الاول لم يدخل في ضمانه بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول واكثر لان الربح ثم حصل
للمشتري والمبيع دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باعه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة *
قوله ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها اي في المشتراة لكونه مجتهدا فيه لما ان شراء ما باع باقل
مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد الى المضمومة اليها كما لو باع عبدا
ومدبر احيث يصح البيع في العبد اضعف فساد البيع في المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز فان قيل
ليس انه اذا اسلم براني شعير وزبيب يفسد في الكل عند اي خنيقة روح وكذا اذا اسلم قوهبة في قوهبة
ومروية ثم ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه لانه لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي يجوز
عند الشافعي روح وكذلك يجوز عنده اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك تعدى فساد ذلك
الى المقرن به وهو اسلام القوهي في المروي والبر في الزبيب قلنا ذلك ليس بطريق تعدى الفساد
كما زعم البعض بل باعتبار ان اعلام رأس المال شرط عنده والمسلم فيه مختلف فكان فساد السلم
في كل واحد منهما لجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال والشيخ الامام شمس الائمة
السرخسي روح استضعف ذلك التعليل في المبسوط وقال بعد ذكر اسلام القوهبة في القوهبة والمروية
وبهذا تبين ان الطريق ما قلنا في تعليل قول ايخنيقة روح في مسئلة اسلام الحنطة في الشعير والزبيب
بان العلة المنسدة للعقد وجدت في الكل اما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزبيب فقد جعل
قبول العقد في الشعير شرطا في قبول العقد في الزبيب لان من جمع بين الشئيين في العقد الواحد
فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا التوبل العقد في احدهما دون الآخر
لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع الثمن والمدبر لان العقد في المدبر
ليس بناسد ولهذا الواجب القاضي بيعه جار دون ما قاله بعض مشائخنا لا يخنقة روح ان الفساد اذا كان
قويا مجمعا عليه تمكن في البعض تعدى الى ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع
عليه وسوى في الفصلين اي فصل اسلام الحنطة وفصل اسلام القوهبة من ما ذكرنا (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الغاسد)

اولا انه باعتبار شبهة الربوا اولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسري الي غيرها *
قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد
ولو اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
قال ومن اشترى سمنا في زق فردا الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا
وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اخلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول
قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اخلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف
في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة *

قوله اولانه باعتبار شبهة الربوا من حيث انه يعود اليه كل راس ماله مع زيادة ليس بازائها
ضمان وعوض وشبهة الربوا كحقيقته فلوا اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت
الى المشتراة لكانا قد اعتبرنا شبهة الشبهة وذلك لا يجوز **قوله** اولانه طارئ وله وجهان أحدهما
انه ما شرط في العقد ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاريتين
وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن عليهما باعتبار قيمتهما فيصير البعض
بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فح يفسد البيع فيما باع وهذا فاسد طارئ فلا يتعدى
الى الاخرى والآخرة المقاصة وذلك ان بائع الجارية اولما باعها بخمس مائة ثم اشتراها
واخرى معها بخمس مائة تقاص الثمان وبقي بعض الثمن فضلا من غير ان يقابله عوض
والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند وقوع المقاصة
فيكون الفساد طارئا **قوله** لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد لان مقتضى العقد ان
يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى وزنه اقل من خمسين او اكثر فكان شرطا
مخالفا لمقتضى العقد اولانه يؤدي الى جهالة المبيع او بوجوب ان يبقى له بعض الزيت
بغير الثمن او ان يؤدي ثمنه ما لا يصل اليه من الزيت **قوله** ضمينا كان كالمغاصب او امينا
كالمودع **قوله** فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن والقول للمشتري لانه ينكر الزيادة (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عندنا بيمينه رخص وقال لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يلبه فغيره لا يوليه ولان ما ثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصاركانه باشارة بنفسه فلا يجزيه

ولا يتحالفان وان اختلفا في الثمن لان اختلافهما في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الرق والاختلاف في الرق لا يوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه وكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل *

قوله ان الموكل لا يلبه فغيره لا يوليه كمسلم يوكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يصح بالاتفاق وا بوحيفة رخص يقول الوكيل انما يملك التصرف لكونه حرا قلا بالغا ولهذا يستغني عن الاضافة الى الموكل ويرجع الحق اليه والحاجة الى الموكل لانتقال حكم التصرف اليه والموكل اهل لانتقال ملك الخمر اليه ارثا وصورة الارث بان اسلم النصراني وله خنازير وخمور ومات قبل تسيب الخنازير وتخليل الخمر وله وارث مسلم بملكها فان قبل الوراثة ليست نظير مسئلتنا لان الوراثة امر جبري والتوكيل امر اختياري والامر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري فلما ثبتت الملك للموكل بعد تحقق الوكالة امر جبري ايضا حيث ثبت الملك له بدون اختياره كما في الموت وبالاتفاق ان الماذون له اذا كان نصرانيا اشترى خمر او مولاه مسلم ثبتت الملك له فيها فيجب ان يكون هناك ذلك فان قيل ثبت بين الوكيل والموكل احكام المبايعة حتى ان التحالف يجري بينهما عند التجاهد ويثبت احتباس المبيع ويثبت الرد بالعيب هذه احكام المبايعة تثبت بسبب الوكالة فينبغي ان يمنع عن التوكيل الذي يثبت هذه الاحكام لان المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع ايضا عما هو شبيه بالشراء بمباشرة حكمه لا ترى انه يمنع من قبض الخمر حكما للشراء الموجود منه حال كفره فلنا هذه الاحكام تثبت مضافا الى الشراء لا الى الوكالة والشراء وجد باختيار الوكيل لاحكام الوكالة بخلاف القبض لانه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولأبي حنيفة رح ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الأمر امر حكمي فلا يمنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمر اخللها وان كان خنزير ايسيه * **قال** ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبرة او يكاتبه او امته على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعلا احد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا .

البيع باختياره فكذلك يمنع عما ثبت به شبهة الشراء باختياره وهو القبض وقولهما ان الموكل لا يلية فغيره لا يوليه منقوض بمسائل منها ان الوكيل بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن وله ان يوكل غيره بذلك ومنها ان الذمي اذا اوصى الى مسلم وقد ترك خمر او خنزير فان الوصي يوكل ذميا ببيعه وقسمته وان كان لا يملك هو بنفسه ومنها ان المريض في مرض الموت اذا باع بما يتغابن الناس في مثله وعليه ديون مستغرة لما له لا يجوز ومن وصيه بعد موته يجوز ومتى جاز عند أبي حنيفة رح ان كان خمر اخللته وان كان ثمن خمر تصدق به لانه عوض الخمر فتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم شرابها حرم بيعها واكل ثمنها *

قوله ان العاقد هو الوكيل باهليته الاصل ان الوكيل عند أبي حنيفة رح اصل في حق نفس التصرف ونائب عن الموكل في حكم التصرف فيعتبر اهليته لنفس التصرف واهلية الموكل لحكم التصرف وعندهما نائب عن الموكل في حق نفس التصرف فيعتبر اهلية الموكل لنفس التصرف **قوله** ثم جملة المذهب فيه اي الاصل الكلي الشامل لفروع اصحابنا ان يقال كل شرط يقتضيه العقد اي يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري في المبيع او شرط تسليم الثمن او تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه ثبت بمطلق العقد فلا يفيد الشرط الا تأكيد وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد الا انه يلازم البيع اي يؤكد موجبه كالبيع بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهنا او كفيل وهو معلوم بالاشارة (او)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

اولا انه يقع بسببه المنازعة فيعبر عن العقد من مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربو ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالتزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشاغي رح وان كان يخالفنا في العتق

او التسميت لا يفسد العقد ايضا لان الرهن شرع وثيقة وتاكيد الجانب الاستيفاء واستيناء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلايم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فما يؤكدها يلايم العقد فلا يفسدان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكنيل تنضي الى النزاع فالشترى يعطيه رهنا او كنيل او البائع يطالبه بآخر وكل شرط لا يلايم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه كالخيار والاجل ولم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء النعل على ان يخذوها او يشركها لا يفسده ايضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل ان يستحق حقا على الغير بان يكون آدميا يفسد العقد كبيع عبد بشرط ان لا يبيعه المشتري فان العبد يعجبه ان لا يتد اوله الايدي وان لم يكن من اهل الاستحقاق بان اشترى فرسا بشرط ان يعلفه كذا منا من الشعر او لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة او ثوب بشرط ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف رح انه يفسد به البيع *

قوله اولاه تقع بسببه المنازعة لانه متى كان منتعابا كان مرغوبا فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع ومتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تقدير او لم يكن له طالب فلا يؤدي الى الربو والنزاع فان قيل لما شرط المشتري او البائع شرطا في العقد فالظاهر انه يجري على موجه فلا يؤدي الشرط حينئذ الى المنازعة قلنا يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط فبعد ذلك لا يجري الشرط على شرطه لان الشرط انما يراعى في البيع الصحيح (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ويقسمه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لان يشترط فيه فلوا اعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عندا بيحيقة روح وقال لا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر ولا بيحيقة روح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا اتلف من وجه آخر لم تتحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا *

قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شئ من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي ع م عن صفقتين في صفقة

قوله ويقسمه على بيع العبد نسمة والنسمة النفس من نسمة الريح ثم سميت بها النفس ومنها اعتق النسمة والله تعالى باري النسمة واما قوله ولو اوصى بان يباع عبده نسمة صححت الوصية فالمراد ان يباع للعتق اي لمن يريد ان يعتقه وانتصابها على الحال على معنى معوضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق وخصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانه اسم لما هو يعرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعانى الافعال كذا في المغرب **قوله** لان يشترط فيه نفى لما قاله الشافعي روح ان تفسيره البيع بشرط العتق **قوله** فالحجة عليه ما ذكرناه اي من الحديث والمقول وهو انه يفضي الى الربوا والنزاع **قوله** فلا ينقلب جائزا اي بالاعتاق لان شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تحقيقه تقرير الفساد لا رفعه للفساد كسائر الشروط المفسدة كما في البيع الى النيروز والمهرجان **قوله** من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه (من)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال ومن باع عينا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالذيون دون الاعيان *

قال ومن اشترى جارية الاحملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لا اتصاله به خلقه وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة

من ان قضية العقد الاطلاق والتخير في جميع التصرفات لا الالتزام حتما ولكن يلايمه بحكمه لان العتق ينهي الملك فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشئ بانتهائه يتقرر ومقرر الشئ مصحح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه بخلاف ما لو باعه فاذا استهلكه فقد تقر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم فاذا اعتقه تحققت الملايمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فترجع جانب الجواز فكان الحال قيل ذلك موقوفا بين ان يبقى فاسدا كما كان أو ينقلب الى الجواز بالاعتاق *

قوله لان الاجل في المبيع العين قيد بالعين احترازا عن المسلم فيه لان الاجل شرع ترفيها لينسكن المشتري من التحصيل في مدة الاجل اما العين فحاصل فلاحاجة الى ذكر الاجل للترفيه فاذا شرط فيه يكون شرطا فاسدا والبيع يفسد بالشرط الفاسد **قوله** والاصل ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد لان عدم جواز الافراد بالعقد يدل على انه بمنزلة طرف من اطراف الحيوان واستثناء الاطراف لا يصح لان الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصد الاتبع والاطراف بمنزلة الاوصاف يكون دخولها تبعا فاذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا لانه خلاف موجب العقد **قوله** فلا استثناء يكون على خلاف الموجب أي موجب العقد لان العقد يتناولها وعلى خلاف موجب الاستثناء لان الاستثناء يصح فيما يدخل مقصودا في صدر الكلام وهذا دخل الحمل تبعا لا مقصودا والكتابة والهبة والاجارة والرهن (بمنزلة)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة

بمنزلة البيع بان يقول كاتبتك الاحملك او وهبتك الاحملك او رهنك الاحملك * **قوله** غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد اي ما يقوم به العقد كما اذا كاتب المسلم عبدا على خمرا وخنزيرا وقيسته واما لو شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصح العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي شرح الطحاوي الاستثناء لما في البطن على ثلث مراتب في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وهو البيع والاجارة والكتابة والرهن وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وهو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا يبطلها الشروط الفاسدة فتصح ويبطل الاستثناء لان الفساد بالشرط باعتبار افضائه الى الربوا فيتحقق في المعاوضات دون التبرعات والاسقاطات وتدخل في العقد الام والولد جميعا وفي وجه الاستثناء جائز والعقد جائز وهو ما اذا اوصى بجارية لانسان واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية اخت الميراث ويجري الارث فيما في البطن بخلاف ما لو اوصى بجارية لانسان واستثنى خدمتها او غلتها حيث تبطل الاستثناء لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الارث الا ترى ان الموصي له بالخدمة والغلة لومات (بعد)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

على مامر* ومن اشترى نعلًا على ان يخذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رحمه الله ما ذكره جواب القيل

بعد صحة الوصية تعود الى ملك الموصي ولا يصير موروثا عن الموصي له وكذا لو وصي برقبته الانسان وبخدم منها لا خرومات الموصي له بالخدمة عادت الخدمة الى مالك الرقبة دون ورثة الموصي له بالخدمة بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثا عن الموصي له فان قيل لما كان الاصل ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه لزم من هذا ان ما يصح افرادة بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية مما يصح افرادة بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فانه يصح فوجب ان يصح استثناءه قلنا يمنع اول الزوم ذلك العكس الا ترى انه ذكر في الاجارات وما جاز ان يكون ثمنًا في البيع جاز ان يكون اجرة لم يلزم من هذا ان كل ما لا يصلح ثمنًا لا يصلح اجرة بل يصلح اجرة وان لم يصلح ثمنًا كالا عيان التي لا تجب في الذمة فانها لا تصلح انما تصلح اجرة ثم لو سلمنا ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء وجوه اخدها ان الاستثناء تصرف في اللفظ فيصح الاستثناء فيمادخل في المستثنى منه وانفك الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناءه والثاني ان الوصية ليست بعقد الا ترى انه يصح قبول الموصي له بعد موت الموصي فلا يتناولها ما ذكر من لنفك العقد مطلقا ولذلك يدخل الموصي به في ملك ورثة الموصي له بدون القبول بان مات الموصي له قبل القبول فلا يكون عقد او الثالث اننا قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم ان ترد الخدمة الى ورثة الموصي والارث لا يجري في الخدمة لان الارث يجري في الاعيان دون المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح*

قوله على مامر وهو قوله ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن الى آخره **قوله** ومن اشترى نعلًا على ان يخذوها اراد بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه هذا النعل بالمثل قطعها به وحذا نعلًا عملها شرك النعل من التشريك ووضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في القلة كذا في المغرب (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع * والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه *

قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتاخروا ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها

قوله ووجهه ما بينا وهو قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين الى آخره وجه الاستحسان ان فيه عرفا ظاهرا وفي النزوع عن العادة حرج بين فصار كصبغ الثوب لان القياس ان لا يجوز لان الاجارة بيع المنافع والصبغ عين وجوزناها للتعامل وكالاستصناع فان بيع المعدوم لا يجوز وانما جوزناه للتعامل **قوله** والبيع الى النيروز اي بتأجيل الثمن الى النيروز والمهرجان تعريب مهر كان وهو اسم للخريف **قوله** لجهالة الاجل لان النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين ونيروز المجوس **قوله** لابتنائها على المماكسة اي لابتناء البيوع المكس في البيع استقاص الثمن من باب ضرب والمماكسة والمكاس في معناه والمكس ايضا الخيانة وهو فعل المكاس العشار ومنه لا يدخل صاحب المكس في الجنة **قوله** لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما كذا ذكره الترمذ في رح **قوله** الى قدوم الحاج اي الى وقت قدوم الحاج **قوله** لانها تتقدم وتاخروا لانها من افعال العباد فيثبت بحسب ما يبدولهم والاجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الالهة قل هي مواقيت للناس **قوله** وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي يمكن تداركها وازالتها لاختلاف الصحابة فيها فان عائشة رضيها كانت تجيز البيع الى العطاء وكن ابن عباس رضي (لا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولأنه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففى الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد *
ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وتبل قدوم الحاج جازا لبيع ايضا وقال زفر رح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا يثقلب جائزا

لا يجوز ذلك واختلاف الصحابة رضي الله عنهم دليل على ان الجهالة يسيرة اذا خلافا
لاحد في فساد البيع عند تفاشس الجهالة كالبيع الى هبوب الريح ومجيئ المطر *
قوله ولأنه معلوم الاصل يحتمل وجهين أحدهما ان المكفول به وهو اصل الدين معلوم
وانما المجهول وصفه وهو الاجل والوصف تابع الاصل ثم الجهالة اذا كانت في اصل الدين
متحملة في الكفالة بان تكفل بما ذاب له على فلان ففى الوصف اولى والجهالة لا تحتمل
في ثمن المبيع فكذا في وصفه اذا الوصف لا يخالف الاصل والثاني وهو الاوجه ان اصل
هذه الاشياء معلوم الوقوع في تلك السنة وانما المجهول وصف التقدم والتأخر فكانت الجهالة
يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الريح او مجيئ المطر لا يصح لان اصله غير معلوم في تلك السنة
قوله فكذا في وصفه لان الوصف لا يخالف الاصل فان قيل الوصف ادنى من الاصل
فلا يلزم ان يكون مثل الاصل في كونه مفسدا فلنا معنى الافضاء الى النزاع يشملهما
ولا منازعة في الكفالة لانه تبرع ابتداء فتبني على المسامحة **قوله** ولو باع الى هذه الآجال
انما قيد بقوله الى هذه الآجال احتراز عن البيع الى هبوب الريح او مجيئ المطر ثم تراضيا على
اسقاط تلك الآجال وفي المبسوط وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وامطار السماء
لان ذلك ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا لوجود هبوب الريح وامطار السماء
قد يتصل بكلامه فعرنا انه ليس باجل بل هو شرط فاسد ولا جله فسد العقد (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر هذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراصيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه *

قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابو حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله ان سمي لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد ومذبر وبين عبدة وعبد غير صحيح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة وقيل زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتبه وام الولد كالمذبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول

قوله فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل اي على اصلكم واما على قول زفر رحمه الله فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح **قوله** بطل البيع فيهما سمي لكل واحد منهما ثمنا ولم يسم عند ابو حنيفة رحمه الله وفي المبسوط بلفظ الفساد فيهما حيث قال فاذا احدهما حر والبيع فاسد فيهما ولا شك في ان البيع باطل في الحر اما في القن فما ذكر في اصول النسخة لشمس الائمة رحمه الله يدل على ان العقد في القن فاسد لا باطل حيث قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا باع حر وعبد او سمي ثمن كل واحد منهما لم ينقذ العقد صحيحا ولم يقل لم ينقذ العقد في العبد اطلاقا **قوله** عقد غير عقد النكاح لان النكاح عقد مندوب اليه والمتعة منهية فلا يكون عقدا لنكاح والعقد لا ينقلب عقدا آخر **قوله** فسد فيهما اي في التفصيلين وهو الجمع بين العبد والمذبر والجمع بين عبدة وعبد غير **قوله** ومتروك التسمية عامدا كالميتة فان قيل ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه كالمذبر فان الشافعي رحمه الله قال بجمله فلنا حرمة منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء ومن جمع بين وقف وملك صحيح في الملك في الاصح (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولأبي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد اقيام المالية ولهذا ينقد في عبد الغير باجازه وفي المكاتب برضاة في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي

قوله ولأبي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين بيانه ان من جمع بين شيئين في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطاً للعقد على الآخر ولهذا لا يملك المشتري القبول في احدهما دون الآخر والحر والميتة لا يقبلان البيع اصلا لانهما ليسا بمال فيكون جا علا قبول العقد فيما لا يقبل العقد اصلا شرطاً للعقد على العبد والذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فانه لا يبطل **قوله** والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد فان قيل اذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فح لا يكون القبول في الحر شرطاً في العبد قلنا اذا لم يكرر الايجاب تكون الصفقة متحدة وان سمي لكل واحد من المبيع ثمناً وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطاً لصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطاً لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع فان قيل الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين حتى يكون في معنى الربوا فلا يوجد ذلك في اشتراط قبول الحر في حق القن فلا يفسد قلنا ذلك غير مسلم في كل شرط بل وجود شرط هو مخالف لمقتضى العقد كاف في افساد البيع ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود في قبول الحر ايضا وذلك لان قبول الحر قبول لبدله وبدل الحر مال مستقوم والحر ليس بمال فلا يكون بدله مقابلاً بمال فكان بدله خالياً عن العوض فكان ربوا وذلك لانه اذا باعهما بالف صار كان البائع قال بعث هذا العبد بخمسائة على ان تسلم الي خمسائة اخرى وهو عين الربوا باعتبار انه فضل خال من العوض في البيع وقال انما يشترط قبول العقد في احدهما بقبول العقد في الآخر ان اصح الايجاب (فيهما)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبد ين وهلك احد هما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقا للضرر بالبائع في قبول العقد في احد هما دون الآخر وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب في احدهما وصار هذا كما اذا اشترى عبدا ومكاتب او مديرا فالبيع يفسد في المدبر او المكاتب ويبقى العقد صحيحا في العبد كذا ههنا و ابو حنيفة رح يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر وقولهما ان هذا عند صحة الايجاب فيهما قلنا عند صحة الايجاب فيهما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلاهما لا باعتبار وجود المحلية فيهما وذكر الكرخي رجوع ابي يوسف رح في فصل من هذا الجنس الى قول ابي حنيفة رح وهي مسألة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسئلة على رجوعه في جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح *

قوله وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح وهذا بناء على ان جواز بيع ام الولد مختلف بين الصحابة رضي الله عنهم يجوز علي كرم الله وجهه بيع ام الولد والباقون رضى لم يجوزوا ثم اجمع المتأخرون على عدم جواز بيع ام الولد والاجماع المتأخرون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد رح وعندهما لا يكون رافعا لهذا يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما **قوله** الا ان المالك هذا استثناء عن قوله وقد دخلوا تحت العقد **قوله** فكان هذا اشارة الى البقاء اي فكان قوله ردوا البيع اشارة الى انعقاد البيع وبقائه حتى يحتاجوا الى الرد وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع لدخولهم تحت العقد ولا يباع بالحصة ابتداء لان انعقاد العقد وبقائه فيهم والله اعلم (فصل)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه):

* فصل في احكامه *

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كلوا حد منهما مال ملك المبيع ولم يمتد قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال

* فصل في احكامه *

قوله واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل واحد منهما مال ملك المبيع ولم يمتد قيمته وقائدة هذه القيود ظاهرة وانما وجبت القيمة في البيع الفاسد لان الاصل ان ينقذ البيع بقيمة المبيع لان العدل فيه غير ان في القيمة ضرب جهالة لا اختلاف المتومين فاقسم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد واذا فسد البيع بوجه آخر تعذر العدول عن القيمة الى المسمى فيصير الى الاصل **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور لكونه منها عنه فلا ينال به نعمة الملك لاشتراط الملازمة بين الموثر والاثروا الملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ورسالة الى ذكر المطالب **قوله** ولان النهي نسخ للمشروعية اي على اصل الشافعي رحمه الله للتضاد لان المشروعية تقتضي كونه حسنا وكونه منها عند يقتضي كونه قبيحا وبينهما تضاد **قوله** ولهذا لا يفيد قبل القبض يعني ان البيع على ما شرعه الله سبحانه موجب للملك بنفسه لا بالقبض فاذا اتصل به ما منعه من الملك تحقق مانع لقيام العلة بلا حكم فلما بقي المانع مع القبض كان المنع قائما بخلاف الهبة فانها لا توجب الملك الا بالقبض لانها ليست بعلة في نفسها بدون القبض فكان عدم العمل لتقصان في العلة لا مانع وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالمقبوض على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة ولا عقد (قوله)

:(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه):

وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال
نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوز كفا في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض
كيلا يؤدي الي تقرير الفساد المجاوز وهو واجب الرفع بالاسترداد فبالاعتناع عن المطالبة وليس

قوله وفيه الكلام اى الخلاف فيما اذا كان مباد لنا المال بالمال اما اذا لم يكن العوضان
اواحدهما مالا فالبيع باطل اجما لعدم ركنه ولا نزاع فيه **قوله** والنهي يقرر المشروعية عندنا
لاقتضائه التصور لانه يقتضي تصورا لمنهي عندنا ان النهي عما لا يتصور لغولان النهي يراد به
عدم النعل مضافا الى اختيار العبد فيعتمد تصوره ليكون العبد مبتلى بين ان يكف عنه باختياره
فيثاب عليه وبين ان ينعله باختياره فيعاقب عليه وتصورا لمشروع بشرعيته فكان النهي لمعنى
في غير المنهي عنه فيصير مشروع عابا صلا غير مشروع بوصفه فيصير فاسدا فثبت ان نعمة الملك
ما نيظت بالمحظور بل بالمشروع **قوله** وانما المحظور ما يجاوز فانه قيل هذا من قبيل
ما يتصل به المعنى وصفا لا من قبيل ما يجاوز المعنى جمعا كما عرف في اصول الفقهاء قلنا اراد
بالمجاورة ان الفساد ليس لمعنى في عين المنهي عنه بل لمعنى في غير المنهي عنه وهو الشرط
الزائد مثلا **قوله** كالبيع وقت النداء فان النهي ثمة ورد لمعنى في غير المنهي عنه
وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع والاشتغال عن السعي غير البيع فان قيل ذلك البيع
مكروه وهذا فاسد فما وجه الالتحاق قلنا هما يتحدان في ان النهي فيهما غير راجع الى
غير المنهي عنه ومن هذا الوجه صار حكم المتصل وصفا كحكم المجاور جمعا فيصح قياس
احدهما على الآخر لا اشتراكهما في امر هو مقصود المصنف وايضا ان غرض المصريح ببيان
ان حكم المنهي عنه ليس هو البطلان كما هو كذا لك عند الخصم ثم الكراهة مع الفساد
يتشاركان من حيث ان حكم كل واحد منهما ليس بباطل ويفترقان من حيث
ان ذلك الغير هنا متصل به وصفا فاثري الفساد وثمة مجاور فاثري الكراهة اظهارا للقصور
قوله كيلا يؤدي الي تقرير الفساد المجاوز وذلك لاننا لو اثبتنا الملك قبل القبض لكانا (مبتئين)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل في أحكامه):

ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والمينة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مشمنا فقد خرجناه وشي آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنالا مشمنا

مثبتين ذلك بالبيع الفاسد لانه لا موجب للملك هناك سواء بالبيع مشروع بشرع الله تعالى فكان الفساد مضافا الى الشارع فكان فيه تقرير الفساد ولا يجوز ذلك اما لو قلنا بثبوت ملك بعد القبض كان القبض مثبتا للملك لوجوب الضمان على القابض كما في القبض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافا الى العباد وذلك ليس ببعيد ولانه لو ثبت الملك قبل القبض لثبت بلا عوض اذا لمسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولان القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض وفعال للفساد المتصل به فلان لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة اولى لان هذا اسهل وابعد عن العبث اذ لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبث *

قوله ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض يعني ان سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به والشيء اذا كان ضعيفا واهيا لا يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يوكده كما في الهبة فيكون انعدام الملك قبل القبض نقصا والسبب في نفسه لا مانع آخر **قوله** فقد خرجناه وهو ما ذكر في اول الباب ان المبيع هو المقصود في البيع وفي جعل الخمر مبيعا مقصودا اعزازه والشرع امر باهانتها وترك اعزازه فكان بيع الخمر باطلا **قوله** وشي آخر يعني دليل آخر على بطلان بيع الخمر وهو ان الواجب في بيع الخمر هو القيمة وهذا لان الخمر اذا جعل مبيعا فلو انعقد هذا البيع انما ينعقد لوجوب القيمة ضرورة عجز المسلم عن تملك الخمر وتسلكه كالنصراني اذا تزوج نصرانية على خمر ثم اسلم تجب التهمة والقيمة الواجبة في الذمة لا تصلح مبيعا لان القيمة هي الدراهم والدنانير اذ بهما تقوم السلع وهما ثمان فلا يصير ان مشمين (قوله)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه) .

ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحرو والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى *

قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اراد به قوله بامر البائع فعلم بهذا ان المراد من الامر الاذن **قوله** وهو الظاهر اي شرط الاذن للقبض ظاهر الرواية الا انه يكتفى به اي بالاذن دلالة **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماها الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه هي الرواية المشهورة ثم قال وذكر في الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه فانه يثبت الملك ولم يجك خلا فالان العقد تسليط على القبض فاذا قبضه بمحضره ولم يمنع يثبت الملك ووجه المشهور من الرواية ان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض وهذا بخلاف ما اذا هب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه **قوله** والبيع مع نفي الثمن اي في رواية لانه اذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد فلم يكن يباع وفي رواية ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفي بحكم العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضي المعاوضة فاذا سكت كان غرضه قيمته **قوله** انه باع بقيمته

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل في احكامه)

قال واكثروا حد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً عنه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط **قال** فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع

قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخه يريد به ان لكل واحد منهما ولاية الفسخ لان يريد ان الفسخ حق لكل واحد منهما لان الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لان اعدام الفساد واجب وقبل القبض لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً عنه ولكنه يوقف على حضرة الآخر لانه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه **قوله** وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وثيام العقد بالعوضين فكل فساد تمكن في احد العوضين يكون فساداً في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمرا وخنزير لقوة الفساد فيجب اعدامه حقاً للشرع فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد وفي الايضاح هذا قول محمد رحمه الله لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان الفسخ منه صحيحاً فاما اذا فسخ الآخر فقد ابطال حقه لانه كان قادراً على تصحيح العقد بحذف الشرط وهما يقولان بان الفسخ مستحق شرعاً فان تقضى اللزوم عن العقد ومن له الشرط وان كان قادراً على التصحيح بالحذف لكن الكلام قبل الحذف **قوله** وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني فان قيل كان ينبغي ان ينقطع حق الاسترداد البائع من وارث المشتري شراء فاسداً لتعلق حق الوارث ولم ينقطع كما لا يبقى له حق الاسترداد من الموصى له قلنا انما كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لومات (١)

﴿ كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه ﴾

وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروع وعيته وما حصل بتسليط من الشفيع *

قال ومن اشترى عبد الخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالتبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان

البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد واما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني لان له ملكا متجددا لثبوته بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب *

قوله وحق العبد مقدم لحاجته فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد ثم احرم يجب عليه ارساله وفيه تنديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا الواجب الجمع بين الحقيقتين وانما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن وههنا امكن بان يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه **قوله** بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة وجه الورود انه لما قال سقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد ورد عليه ان تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة وغيرها صحيحة كتصرف المشتري شراء فاسدا ومع ذلك بقي للشفيع نقض هذه التصرفات فاجاب ان كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروع غير موصوف بالفساد فلما استويا في هذين الوصفين يرجح حق الشفيع لمعنيين احدهما ان حق الشفيع مقدم بالترجيح الاسبق والثاني ان هذه التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان في نقضها سعي في نقض ما تم من جهته بخلاف المبيع يباع فاسدا فان تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري منه اذ لو جاز يلزم الشفيع في نقض ما تم من جهته وفي الذخيرة (لان)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المالك وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف
الاجارة لانها تفسخ بالا عذار و دفع الفساد عذروا لانها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً
قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به

لان التسليط انما يثبت بالاذن نصاً او باثبات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع
فان قيل في نقض البيع الاول ايضاً سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ذاك باعتبار رفع الفساد
لا باعتبار نقض ما تم من جهته فلما باع المشتري شراء فاسد اجعل ذلك العين غير ذلك العين
لان تبدل الاسباب ينزل منزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذاك اذ لو بقي له
حق الاسترداد يكون منه السعي في نقض ما تم من جهته خالصاً لما ان البيع الثاني صحيح
ولا فساد فيه حتى يحال تمكن الاسترداد منه الى رفع الفساد بخلاف البيع الاول *

قوله الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المالك وفك الرهن لزوال المانع وهذا
انما يكون ان لو كان عجز المالك وفك الرهن قبل قضاء القاضي بالقيمة وكذا الورج
في الهبة بقضاء القاضي او بدونه اورد عليه بالعيب في البيع قبل ان يقضي القاضي عليه
بالقيمة يعود حق الاسترداد للبائع وان كان بعد قضاء القاضي فقد يحول الحق الى القيمة
فلا يعود الى العين بعد ذلك كما لو ابق المصوب فقضى القاضي بالقيمة ثم عاد كذا
في المبسوط **قوله** وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالا عذار ولم يذكر محمد رحمه الله
من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان القاضي هو الذي يفسخ والتزويج يشبه الاجارة لو رده
على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة ايضاً فتعلق حق الزوج
بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا في الذخيرة والايضاح
قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن وذكر الامام الترمذي رحمه الله
انما اشترى عبداً يباع فاسداً واستأجره اجارة فاسدة ونقد الثمن والاجرة او ارتهن
رهناً فاسداً او اقضه قرضاً فاسداً واخذ به رهناً فله ان يحبس ما اشترى وما استأجره (و)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن ثم انك انت دراهم الثمن قائم ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وانك انت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا **قال** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند اي حنيقة ر ح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال لا ينتقض البناء ببرد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان

وما ارتهن حتى يقبض مانقدا اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفا سخالان هذه عقود معاوضة توجب التسوية بين البديلين فان مات البائع او المواجه او الراهن او المستقرض فالذي في يده العبد والرهن احق بثمنه من غرماء المبت بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين او الوديعة من المحتال عليه حيث لا يختص المحتال له بدين الحوالة والوديعة فان قيل دين المحيل على المحتال عليه صار مشغولا بحق المحتال له فيجب ان يكون المحتال له اخض به كما في الرهن قلنا مجرد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص كما لا دون اذا لحقه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص *

قوله فيصير محبوسا به اي بالثمن كالرهن يصير محبوسا بالدين الا ان الرهن مضمون باقل من قيمته ومن الدين وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب **قوله** وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص ر ح قال الامام التمر تاشي ر ح ذكر بكرر ر ح فان كان الملقود قائما هل يتعين على رواية ابي حفص ر ح لا وعلى رواية ابي سلمان ر ح يتعين وعلى هذا يجب ان يكون الملقبوض بغرض فاسد وكذا الوباع دراهم بدراهم الى اجل فهو فاسد وهل يتعين الملقبوض للرد فهو على الروايتين وذكر البرعي ر ح في الجامع الدراهم في البيع الفاسد انما تتعين اذا كان البيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تتعين **قوله** لانه بمنزلة المغصوب اي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب **قوله** لما بينا اشارة الى ان

بمنزلة المغصوب والحكم في المغصوب كذلك (قوله)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا بينائه وشك يعقوب في حفظ الرواية من ابي حنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبناه على انتطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف *

قوله حق الشفيع اضعف فلماذا يحتاج الى الرضاء او القضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا ثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضاء المشتري ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشتري لحق الشفيع فلحق البائع اولى ولا يخيئفة رح ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام اذ البناء ليس بالنقض والغرس ليس للقطع والمشتري يتضرر بنقض البناء والغرس ضررا بلا جائز والبائع يتضرر مع جائز مع انه حصل بتسليطه فكان رعاية حق المشتري اولى فينقطع للبائع حق الاسترداد كما لو باعه المشتري بيعا صحيحا بخلاف الشفيع لانه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع فان قيل اذا نقض البناء والغرس على تقدير الاخذ بالشفعة يجب ان يعود حق البائع في الاسترداد لزوال المانع كما اذا باعه المشتري بيعا صحيحا ثم انتقض البيع بما هو منتقض من كل وجه قلنا المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وملك الغير مانع عود حقه كملك المشتري الثاني الا ترى ان المشتري لو باعها ينقض الشفيع البيع الثاني ولا يعود حق البائع في الاسترداد لان نقض البناء انما وجب ضرورة بقاء حق الشفيع فلو عاد حق البائع به لصار عا ئدا على موضوعه بالنقض لانه صار نقض البناء للشفيع ليكون له الا لان لا يكون له ولا ان النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى متافضا للمقتضى وهو التسليم الى الشفيع **قوله** وشك يعقوب في حفظ الرواية يعني شك (انه)

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقاضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيه إيق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدرهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلا يتمكن الخبث فلا يجب التصديق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد رحم يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون البازل عنها * **قال** وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا فضاة اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى في الدرهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا

انه هل سمع من أبي حنيفة رحمه انه ينقطع حق البائع ببناء المشتري في الشراء الفاسد ام لا ولم يشك في الاختلاف وقد نص محمد رحمه على الاختلاف في ثبوت الشفعة وثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فيكون ناعلم على الاختلاف في انقطاع حق البائع بالبناء لان التنصيص على الاختلاف في الفرع يكون تنصيصا على الاختلاف في اصل ذلك الفرع * **قوله** والفرق ان الجارية مما يتعين والاصل ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهر او خبث لفساد في الملك والمال نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود والخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالودع والغاصب اذا تصرف في العروض والنقود ادى ضمانهما للمالك وبقي الربح يتصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمه لتعلق العقد بمال غيره ظاهر فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع به او تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث واما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثم شبهة هنا فتعتبر وشبهته فيما لا يتعين ثم ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا اى درهم او دينار * (قوله)

(كتاب البيوع ... باب البيع الغاسد ... فصل فيما يكره)

لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين *

* فصل فيما يكره *

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال ع م لا تناجشوا **قال** وعن السوم على سوم غيره قال ع م لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولا ان في ذلك ايحاشا واضرار او هذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمول النهي في النكاح ايضا **قال** وعن تلقى الجلب وهذا اذا كان يضرب اهل البلد فان كان لا يضرب فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر **قال** وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال ع م لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز

قوله لان الدين وجب بالتسمية اي بتصادقهما لان المرء مواخذ باقراره في الحكم فاذا تصادقا ان الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ما لو استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لان بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا كما لو باع امه بالف وتقابضا فاستحقت الامه كان الثمن مملوكا للبائع ملكا فاسدا للوجوب رده عليه ولكن لا يبطل فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة فيتمكن في الربح شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر والله اعلم بالصواب *

* فصل فيما يكره *

قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو يفتحتين وروي بالسكون ان تستام السلعة باز يد من ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخر فيقع فيها وكذا في الكاح وغيره ومنه الحديث نهى عن النجش ولا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك كذا في المغرب قوله عليه السلام لا تستام نهى بصيغة النفي وهو ابلغ **قوله** وعن تلقى الجلب جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد (للتجارة)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل فيما يكره - نوع منه)

وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر **قال** والبيع صندا اذا انجمعت قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلاص بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة * **قال** ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي ءم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه *

* نوع منه *

قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله ءم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير والكبير والكبير يتعهده فكان في بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعده عليه

للتجارة جلبا والجلب المجلوب ومنه نهى عن تلقي الجلب كذا في المغرب * **قوله** وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي وقيل هو ان يتولى المصري عمن جاء من خارج مصر ليغالي في القيمة **قوله** ثم فيه اخلاص بواجب السعي على بعض الوجوه يعني اذا تعدا او وثقا قائمين لاجل البيع واما اذا كانا يمشيان ويبيعان فلا بأس بذلك **قوله** وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه وهو قوله والمعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال **قوله** ولا يفسد به البيع حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض **قوله** وتفسيره ما ذكرناه وهو قوله فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد **قوله** ما فعل الغلامان اني ما حالهما قدامي يروى اردد اردد اي استرد (قوله)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل فيما يكره - نوع منه)

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد ولا بد من اجتماعهما في ملكه

قوله ثم المنع معلول بعلّة القرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كما مرأة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم فان قيل آليس ان الحربي اذا دخل دارا بغلامين اخوين صغيرين با مان فاراد ان يبيع احدهما فلا بأس بالشراء منه وان كان فيه تفريق قلنا لانه لو لم يشتر منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق **قوله** ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو القريب المحرم فان قيل قوله لان النص ورد بخلاف القياس مخالف لما ذكر فيما قبله من المعنى المعقول وهو قوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاوده الى آخره قلنا النص لا يدل ان يكون معقولا لان الشارع لا يتناقض حججه نما قلنا ان في حديث القهقهة معنى معقولا وهو ان القهقهة جنابة في مقام المناجاة مع الرب فاجبت نقض الطهارة جزاء لجنابته لمنع مقصودة من المضي في الصلوة بتلك الطهارة وكذلك نقول في السلم انها شرعت لدفع الحاجة وكذلك في بقاء الصوم مع الاكل ناسيا ان فساد الصوم يتعلق بترك الاتمام مختارا والناسي ليس بمختار في الترك بل هو مجبول عليه من جانب من له الحق ومع ذلك نقول هذه النصوص وردت بخلاف القياس لمخالفته الدليل الظاهر فعلم بهذا ان مطلق وجود المعنى لا يدل على ان يكون النص معقول المعنى بل يكون مخالفا للقياس لمخالفته الدليل الظاهر وهنا كذلك لان الصغيرين ملكه والملك عبارة عن المطلق الحازر والقياس الظاهر يقتضي ان يجوز تصرفه فيه بالجمع والتفريق كما يجوز تصرفه في سائر الاملاك (سوى)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل فيما يكره - نوع منه)

لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر صاحبه لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احد هما بالجنانية وبيعه بالدين وردة بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به *

قال وان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيाम * وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه م فرق بين مارية ونسرين وكانتا متين اختين

سوى العبيد والاماء وفيهما في الكبيرين فهذا سمي بخلاف القياس وان كان فيه معنى معقول من وجه آخر كما في النظائر *

قوله لما ذكرنا اي من ان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مودة **قوله** وبيعه بالدين بان استهلك احدهما ملل انسان وكذا اذا كان ما ذونا فالحقه دين يباع في الدين وان حصل التفريق **قوله** وردة بالعيب بان اشتراهما فوجد باحدهما عيبا وكذا اذا لم يكن احدهما محل البيع بانه كان مدبرا او مكاتباً **قوله** لمعنى مجاور وهو الوحشة وذلك ليس من المبيع في شيء والنهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يفسد العقد كالنهي عن البيع وقت النداء كذا في المبسوط **قوله** كراهة الاستيाम اي السوم على سوم غيره وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع احدهما منه **قوله** ليس في معنى ما ورد به النص لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس احدهما بالآخر بل يتاذى احدهما من الآخر باحسان السيد الى احدهما والله اعلم (باب -)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

* باب الاقالة *

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله م من اقال ناد ما بيعته اقال الله عشراته يوم القيمة
ولان العقد حقهما فيملكان رفعه فالحاجتهما * فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد
مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

* باب الاقالة *

فيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب كاشكى اي ازال القول السابق وهذا
سهو بوجه واحد ها انهم قالوا قلت البيع بالكسر واقلته فدل على ان العين باء والثاني
ان في الصحاح اورد اقالة البيع في ذكر القاف مع الياء لاني ذكر القاف مع الواو فقال
واقلته البيع اقالة وهو فسخه وربما قالوا قلته البيع والتاثل ما ذكره في مجموع اللغة
في القاف مع الياء وقاله البيع قيلا واقالة فسخه ووجه التمسك بهذا الحديث في اثبات
جواز الاقالة ظاهر لان النبي عليه السلام ندب الى الاقالة بما يوجب التحريض
من الثواب والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وفائدة كونها فسخا في حقهما
تظهر في مواضع احدى ان يجب على البائع رد الثمن وما نطقا بخلافه باطل والثاني
ان الاقالة لا تبطل بالاشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما ايضا لبطلت بالاشروط
الفاسدة كما يبطل البيع ويبطل بها عند ابي يوسف رح في الموضع الذي يجعلها
بيعا والثاثل بعد ما تقايلا قبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري جاز البيع
لانه فسخ في حقهما ولو كان بيعا لما جاز بيعه منه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز
البيع لان في حق غيره بيعا جديدا وفائدة كونها بيعا جديدا في حق غيرهما تظهر في مواضع
ايضا احدى ان المبيع لو كان عقارا مما يجب فيه الشفعة فسلم الشفع الشفعة في اصل البيع
ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الى ملك البائع فطالب الشفع الشفعة في الاقالة كان له ذلك
لانه بمنزلة البيع في حق ثالث والثاني ان البيع لو كان سرفا فالتقايض في كلا الجانبين (شرط)

الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابو حنيفة رح وعند ابى يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رح ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عترتي

شرط الصحة الاقالة فجعل في حق الشرع كبيع جديد والثالث انه لو اشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز فصار في حق البائع كأنه ملك بسبب جديد والرابع ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع فصار كأن البائع اشتراها في حق الواهب كذا في شرح الطحاوي *

قوله الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل بان ولدت المبيعة ولد ابعده القبض لان الزيادة المنفصلة ما نعت فسخ العقد حقا للشرع و ابو حنيفة رح لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ وعند ابى يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض او تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما الا ان لا يمكن جعله فسخا ايضا فمح تبطل الاقالة في نفسها كما في بيع العرض بالدرهم اذا تقايلا بعده هلاك العرض وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الاقالة لانه تعذر اعتبارها ببيع الا ان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز وتعذر اعتبارها فسخا ايضا لان الفسخ انما يكون بالثمن الاول وقد سمينا ثمنا آخر وعند محمد رح هو فسخ كما قاله ابو حنيفة رح حتى لو تقايلا بمثل الثمن الاول او بالاقل يكون فسخا الا اذا تعذر جعله فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنس الثمن الاول فهو بيع كما قاله ابو يوسف رح الا ان لا يمكن جعله بيعا ولا فسخا فيبطل كما في بيع العرض بالدرهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما اذا تقايلا في المنقول او غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول وفي الذخيرة ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا في الاقالة اذا حصل الفسخ بلفظ الاقالة فاما اذا حصل بلفظ المفاسخة او المفاكة او الرد فانها لا تجعل بيعا وان امكن جعلها بيعا (قوله)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

فهو فر عليه قضيته واذا تعذر بحمل على محتله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولا يي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو وجه البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت بها الشفعة وهذه احكام البيع ولا يبيح في حق ان اللفظ ينبي عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان

قوله فيوفر عليه قضيته اي يوفر على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوي وقضية لفظ الاقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخا ولا يبي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو وجه البيع فيجعل بيعا فان قيل ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة اصلا ولو كان لفظ الاقالة محتملا لمعنى البيع لا نعتقد به لاحتمال لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا قلنا زوي من بعض المشائخ انه ينعقد فيمنع ولئن سلمنا فالفرق بينهما هو ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقدا صلا تعذر تصحيحها ببيع لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل في مخرجها وما نحن بصدد هل يس كذلك لان الاقالة اضيفت الى ما له وجود اضني سابقية العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اريد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية **قوله** وهذه احكام البيع وهي بطلان الاقالة بهلاك السلعة في يد المشتري بعد الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بها تدل على ان الاقالة بيع فلا استدلال بالانتر على العلة انما يصح اذا كان الاثر مخصوصا بذلك المؤثر كالاستدلال بالدخان على النار وهذه الاحكام بهذه المثابة لانها لا توجد بدون البيع فصح الاستدلال بها بخلاف الملك فانه غير مختص بالبيع **قوله** ولا يي حينئذ ان اللفظ ينبي عن الفسخ الى ان قال فتعين البطلان فان قيل اعمال اللفظ لمعنى من المعاني عند دلالة الدليل عليه اولى من الابطال ثم في لفظ الاقالة لما تعذرا اعتبار الحقيقة وجب ان يجعل عبارة عن البيع المبتدأ لان اللفظ يحتمله (الا)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الحقيقة ان لا ولاية لهما على غيرها اذا ثبت هذا ثم ان شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال يبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربو اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل

الا ترى انا جعلناه بيعا في حق الثالث قلنا ان اللفظ لا يحتمل البيع البتة للتضاد بين اللفظين وضعا فان الفسخ ضد العقد لا محالة واللفظ كيف يجعل مجازا عن ضده واما في حق ثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازا عن البيع في حقه ولكن لما ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول الملك للبائع ببدل اظهرنا هذا الموجب في حق ثالث فاما في حقهما فاللفظ ان لم يمكن اعتباره بحقيقته ولا يصح مجازا عن البيع لغا في نفسه كذا في الايضاح وذكر في الفوائد الظهيرية ولا يحنف رحمه الله ان الاقالة ترفع وفسخ والعقد اثبات وتحقيق فكانت بينهما منافاة فلا يمكن ان يستعار احدهما للآخر والمجاز حيثما يجوز انما يجوز باعتبار اشتراكهما في معنى يوجد فيهما بانه ان الشجاع يسمى اسدا لاشتراكهما في معنى الشجاعة واما الجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدل به ابو يوسف رحمه الله من احكام البيع في الاقالة على ان الاقالة بيع بدلالة وجود تلك الاحكام المخصوصة بالبيع قلنا الشارع يبدل الاحكام من حكم الى حكم كعدم الاستحاضة اخرجت عن حكم الحدث ولا يغير الحقائق وفساد الاقالة ضد هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يتبدل ويثبت ضمنا للاقالة اما لا يخرج الاقالة عن حقيقتها وهي الفسخ *

قوله وكونه بيعا في حق الثالث جواب سوال يرد على قول ابي حنيفة رحمه الله **قوله** بخلاف البيع يتعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة اي يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة كما اذا باع درهمين فان البيع يفسد بثبوت درهم زائد ولا يجعل كانه باع درهما بدرهم ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات ما لم يكن ثابتا فيتحقق الربو ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع (ما)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وقال يكون فسحا فهذا الولي بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه * ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه * ولو ولدت المبيعة ولد اثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده

ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال وهذا يؤيد قول ابي حنيفة ومحمد رح انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع * **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولا نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكان في الاحالة على السواء فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة **قوله** الا ان يحدث في المبيع عيب فمح جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وبعض مشائخنا قالوا تاويل المسئلة ان يكون حصة العيب بقدر النقصان او اقل او اكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه ولكن جواب الكتاب مطلق كذا في الذخيرة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب **قوله** ولو ولدت المبيعة ولد اثم تقايلا فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح هذا اذا ولدت بعد القبض وما اذا ولدت قبل القبض (فالاقالة)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع بسند عي قيامه وهو قائم بالمبيع يهون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احد هما ولا تبطل بهلاك احد هما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب *

فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ان التجارية اذا ولدت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ متصلة كانت او منفصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عندا ينجفة رح لانها تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة وابو حنيفة لا يجوز الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا يمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا لما تقايلا فامكن تصحيحها فسخا عنده كذا في الذخيرة *

قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد فيقتضي قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن وهذا لان الثمن انما يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد وما يكون وجوده بالعقد يكون حكما للعقد وحكم العقد لا يكون محلا للعقد لان محل العقد شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وبينهما تناف ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن ولو تقايضا يجوز الاقالة بعد هلاك احد هما ولا يجوز بعد هلاكهما **قوله** ولا تبطل بهلاك احد هما اي لا تبطل الاقالة بعد وجودها بهلاك احد هما **قوله** لان كل واحد منهما مبيع فان قيل في التصارف ايضا كل واحد من البدلين مبيع ويجوز الاقالة بعد هلاكهما فلنا لان المعقود عليه في التصارف ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه الا ترى ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض (ما)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

* باب المراجعة والتولية *

المراجعة نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي المهتدي ويطبب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما

ما نعا صحة الاقالة وان كان في العوضين جميعا لانه لما كانت الاقالة لا تتعلق باعيانهم ولو كانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما بخلاف بيع العروض بالعروض ثم الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحوان يقول اقلني فيقول الآخرة قلت وقال محمد رحمه الله لا يقوم الابلغظين يعبر بهما عن الماضي اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للنصرف كما في النكاح وبه فارق البيع والله اعلم بالصواب *

* باب المراجعة والتولية *

البيعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضعية وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المراجعة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف *

قوله المراجعة نقل ماملكه اي من السلع لانه اذا اشترى بالدراهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مراجعة المسئلة في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** بالعقد الاول اي بماملكه لان من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب ان يبيع العبد مراجعة على القيمة التي اداها الى ماله هذه المسئلة ايضا في فتاوى قاضي خان **قوله** بالثمن الاول اي بما قام عليه لانه لو ضم الى الثمن الاول اجرة القصار والصباغ والطراز والقتل جاز ولا يه لوملك اصل الثوب بميراث او هبة او وصية فقومه بقيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط (قوله)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابوبكر رخص بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هولك بغير شي فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا *

قال ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لوملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة * ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشي من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم * وان باعه بربح دة يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال ويبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال * ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والقتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عدناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذا القيمة تختلف باختلاف المكان * ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا اكيلا يكون كاذبا

قوله ولهذا كان مبناهما ايضا لقوله يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي **قوله** وعن شبهتها حتى اذا اشترى الى اجل ليس له ان يبيعه مراجعة الا بالبيان **قوله** ولا يصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل اي يكون العوض من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الاول فصح لانه اذا لم يكن له مثل ولم يملكه ايضا فاشتراه مراجعة او تولية يكون مشتريا بالقيمة وهي مجهولة لانها تعرف بالخزرواظن فتمكن شبهة الخيانة وانه مانع من بيع المراجعة والتولية فاما اذا كان مالكا لذلك العوض فاشتراه به واشتراه به وربح درهم صح وصورته ان يشتري رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم ان باع العبد ملك الثوب من آخر فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب وربح درهم او قبض حنطة جاز وكذلك ان باع العبد من البائع الاول بذلك الثوب وربح درهم او قبض حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح دة يازده وهو مالک ذلك (١)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته * فان اطلع المشتري على خيانه في المراجعة فهو بالخيار عندا يحنيفة رح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه * وان اطلع على خيانه في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رح يحط فيهما وقال محمد رح بخير فيهما للمحمد رح ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمراجعة ترويج وترغب

العرض لا يجوز لانه اشتراه به وبجزء من قيمته وذلك يستدرك بالخزروالظن فكان مجهولا وانما قلنا ذلك لان هذا اللفظ وهو ربح دة يازدة انما يستعمل فيما اذا قام له السلعة بعشرة يبيعها باحد عشر من جنس ذلك الثمن الذي اشترى السلعة به والثمن هنا وهو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم فيصيرح بائعا للعبد بذلك الثوب وبجزء من احد عشر جزء من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة فيكون بائعا بالثوب ويغض قيمته والقيمة مجهولة فلا يجوز وكذا الوباغ العبد ممن لا يملك الثوب بربح دة يازدة لا يجوز ومعنى قولنا بربح دة يازدة اى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح دة هما وان كان عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلثين كان الربح ثلاثة دراهم فتسمية بربح دة يازدة يقتضي ان يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه والثمن هنا ليس من ذوات الامثال فلا يجوز ويزيد ما ذكرنا وضوحا بمسئلة وهي ان من اشترى من رجل عبدا بالف درهم نخبة نقد بيت المال وقبضه ثم باعه مرا بحة عليها بربح مائة درهم فان المائة الربح يكون من نقدا للبلد لا من جنس الثمن ولو باعه مرا بحة بربح دة يازدة فان الربح يكون من النخبة لا من نقدا للبلد ثبت ان هذا اللفظ يقتضي ان يكون الربح من جنسه *

قوله وسوق الغنم بمنزلة الحمل لان القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف اجر الراعي لانه يستحق الاجر باعتبار الحفظ وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى اى في المالية وبخلاف اجر التعليم فانه اذا انفق على عبده في تعليم عمل من الاعمال (د)

فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فتخير بقواته ولا يبيوسف روح ان الاصل فيه كونه تولية
ومراجعة ولهذا ينقد بقوله ولينك بالثمن الاول او بعثك مراجعة على الثمن الاول اذا كان ذلك
معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالخط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال
وفي المراجعة منه ومن الربح ولا يبي حنيفة روح انه لو لم يحط في التولية لايبقى تولية لا تزد على
الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الخط وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وان كان يتفاوت
الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخير فلو هلك قبل ان يرد او حدث فيه ما يمنع الفسخ

دراهم لم يلحقها برأس المال وكذلك الشعر والغناء والعربية واجرت تعليم القرآن
والحساب الا اذا كان فيه عرف ظاهر بالحاقه كان له ان يلحقه لان زيادة المالمية باعتبار
معنى في المتعلم وان كان لا بد من التعليم الا ان التعلم آخر الامرين وجودا وانه حصل بفعل
مختار فيكون حصول الزيادة مضافا اليه لا الى التعليم واجرة السمسار تضم ان كانت مشروطة
في العقد بالاجماع وان لم تكن مشروطة بان كانت مرسومة اكثر المشائخ على انها لا تضم ومنهم
من قال تضم والباج الذي يوذ في الطريق لا يلحق برأس المال قال زفرح ولو كان في موضع
جرت العادة فيما بين التجار بالحاقه برأس المال يلحق به ايضا وفي المبسوط وفي الحاق شيء
برأس المال المعتبر العرف الظاهر وما عمل بيده من قصارة او خياطة او ما اشبه ذلك من الاعمال
لا يضمه الى رأس المال رجل اشترى دجاجة وقبضها فباضت عنده ثلثين بيضة فباع البيضات
بدرهم ثم اراد ان يبيع الدجاجة مراجعة ان انفق على الدجاجة قدر ثمن البيضات جازلانه
جعل ثمن البيضة عوضا عما انفق وان لم ينفق لا يجوز وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل
ان يقدر ما اصاب من الزيادة اذا انفق من ماله لا يلزمه بيان ذلك في بيع المراجعة كذا في المحيط
قوله فيكون وصفا مرغوبا فيه لوجود الامن عن الغبن **قوله** منه ومن الربح بيانه
فيمن ابتاع ثوبا بعشرة مثلاً على ربح خمسة ثم ظهر ان البائع اشتراه بثمانية وباعه منه
بعشرة على ربح خمسة يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله (من)

يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار
 الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بشرايم الفائت فيستقط ما يقابله عند عجزه *
قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عند كس ربح كان قبل ذلك
 فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة ربح وقال لا يبيعه مرابحة على الثمن
 الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة
 ويقول نام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة
 اصلا وعند هبا يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع
 الاحكام عن الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث ولا يحنيفة ربح ان شبهة حصول
 الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
 كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطا ولهذا لم تجز المراجعة فيما اخذ بالصلح لشبهة الخطيطة فيصير
 كانه اشترى خمسة وثوب بعشرة فبطل ربح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره

من الربح وهو درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما وكذا لو اشترى ثوبا بعشرة وقال اشترته
 باثني عشر وباعه بربح درهم فعنده يحط درهما من رأس المال وسدس درهم من الربح *
قوله يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة وهو المشهور من قول محمد ربح وعن محمد ربح ان
 المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمن سلمه اليه بناء على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع
 في التحالف **قوله** منقطع الاحكام عن الاول لان الشفيع اذا سلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة
 في العقد الثاني **قوله** كما اذا تخلل ثالث يعني اذا باع المشتري الثاني من رجل غير البائع الاول
 ثم اشترى منه البائع الاول **قوله** لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بان يجد المشتري
 بالثوب عيبا فيرد ويسترد منه كل الثمن ويبطل حقه في الربح والشري ثانيا وقع الامن على البطلان
 والمستفاد بالشراء الثاني الثوب وتؤكد الربح الاول وللتاكيد شبه بالاجاب حتى غرم شهود الطلاق
 قبل الدخول نصف الصداق اذا رجعوا لان شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان (علي)

قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مراجعة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد شبهة العدم

على شرف السقوط بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المراجعة يمنع بالشبهة كما يمنع بالحقيقة لا ترى أنه لو كان على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبيعه مراجعة على عشرة لأن مبنى الصلح على الحط والمسامحة ولو وجد حقيقة الحط لم يبيعه مراجعة على عشرة فكذا إذا وجد شبهته فصار في الفصل الأول كأنه اشترى في العقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة باء الخمسة وبقي الثوب بخمسة فيبيعه مراجعة على خمسة وفي الفصل الثاني كأنه اشتراه وعشرة بعشرة فصارت العشرة بالعشرة ولم يبق بمقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مراجعة ولا يقال على هذا ينبغي أن يفسد الشراء الثاني في الفصل الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربو لأننا نقول إن الربح الأول لم يصرم مقابل الثمن الثاني حقيقة وإنما تثبت له شبهة المقابلة من حيث أن لنا كيد شبهها بالاجاب والشبهة تكفي لمنع بيع المراجعة ولا تكفي لإفساد العقد لأن المنع في بيع المراجعة لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند البيان وإذا رضي به بعد البيع يجوز ولا يلزم على هذا ما إذا ذهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مراجعة على عشرة لأنه ممنوع في رواية عن أبي حنيفة رح ولو سلم فنقول بالبيع الثاني وإن كان يتأكد انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكالة في عقد يجري فيه وأنه أيضاً ليس معنى يزاد الثمن لأجله بخلاف ما إذا اشترى بثمن مؤجل ثم باعه مراجعة بثمن حال لأنه معنى يزاد في الثمن لأجله بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن الربح تأكد بملك الثالث لأبشائه وبخلاف ما إذا اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف ثم اشتراه بعشرة لأن يبيعه مراجعة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الوصيف ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة أو لأنه لا يتم فيه شبهة الربو *

قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين محيط برقبته وإنما قيد بالدين (١)

لجوازها مع المنافي فاعتبر عد ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكان يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول * **قال** واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراجعة باثنى عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازها عندنا عند عدم الربح خلافا للزفر ربح مع انه اشترى ماله بماله

المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاة شيئا فانه لا يصح فان هذا البيع لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لملك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا اذا كان عليه دين لا يحيط بماله لانه لا يمنع ملك المولى بالاجماع لان كسب العبد لا يعري من قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولو كان محيطا بماله دون رقبته فباع من المولى شيئا صح البيع ولكن فيه شبهة لعدم ايضا فلا يبيعه المولى مراجعة بالثمن الذي اشتراه به من العبد لانه لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين محيط برقبته مع انه اجنبي عن كسبه فلان لا يجوز بيعه دين محيط بماله دون رقبته اولى فظهر انه انما قيد بقوله وعليه دين محيط برقبته ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الاول *

قوله لجوازها مع المنافي ذكر الامام قاضي خان رح في تعليل هذه المسئلة لان بيع المولى من عبده المذون المديون والمكاتب وبيعهما من المولى وان كان جائزا فله شبهة لعدم لان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى ان يمنع كسب العبد لنفسه ويقضي الديون من مال نفسه والمكاتب اذا عجز ورد الى الرق كان كسبه للمولى فكان بائعا من نفسه من وجه وبيع الانسان من نفسه باطل واذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مراجعة على الثمن المذكور بالبيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول **قوله** في الفصل الاول وهو ما اذا باعه العبد من مولاة والفصل الثاني وهو ما اذا باعه المولى من عبده **قوله** خلافا للزفر ربح فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب من رب المال اذ لم يكن في المال ربح (قوله)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح * **قال** ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرا بحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوفاة قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطئ وعن ابي يوسف ربح في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي ربح فاما اذا فاعا عينها بنفسه او فاعا اجنبي فاخذار شها لم يبيعها مرا بحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالانلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها * ولو اشترى ثوب

قوله لما فيه من استفادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال من ماله في التصرف فيه فبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف وذكر الامام الترمذ في شرح لوصار مال المضاربة جارية ليس لرب المال ان يطأها وان لم يكن فيها ربح لان للمضارب حق التصرف الا ترى ان رب المال لا يملك بيعها واحاله الى الايضاح **قوله** والانعقاد يتبع الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبدة وعبدة غير فاشترهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبدة في شرائه لفائدة انقسام الثمن ثم يخرج فكذلك ههنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه لفائدة استفادة ولاية التصرف **قوله** ففيه شبهة العدم لما قال زفر ربح ان البيع تمليك المال بالمال وانه معدوم ههنا **قوله** الا ترى انه وكيل عنه هذا الايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب لما كان وكيل عنه وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه فصا ربيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فامد رهمان ونصف فحق المضارب ولا شبهة في اصل الثمن فلهذا يبيع مرا بحة على اثنين عشر ونصف **قوله** وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن فان قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء اذا قصدا لقله كان له قسط من الثمن ولهذا لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يتمكن (من)

فاصابه فرض فارا و حرق نار يبيعها مرا بحة من غير بيان * ولو تكسر بنشرة
وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه *

قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيته فباعه بربح مائة حال ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده
وان شاء قبل لان الاجل شبه بالمبيع الا يرى انه يزداد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقه
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرا بحة بئمنهما والاقدام على المراجعة يوجب
السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف
ومائة لان الاجل لا يقابل به شيء من الثمن **قال** فان كان ولاية اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة
في التولية مثلها في المراجعة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة

من الرد وان كانت هي ثيبا وذلك باعتبار ان المستوفى من الوطى بمنزلة احتباس جزء
المبيع عند المشتري قلنا المانع من الرد بالعيب بعد الوطى غير ما ذكرت وهو انه ان ردها
مع العقربلزم الفسخ في شيء لم يرد عليه العقد وهو العقروا ن ردها بدون العقربلزم سلامة
وطئها عن العوض بخلاف الهبة فان وطئ الموهوب له لا يمنع رجوع الواهب لانه يجوز
ان يسلم له وطئها بلا عوض كما سلم التجارية بلا عوض ولا يلزم على هذا سلامة خدمة
التجارية للمشتري بعد الفسخ لان الخدمة شيء لا بد منها فلو كان استيفاء الخدمة يمنع
الرد بالعيب لانسد باب الرد بالعيب ولا يجوز ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع
زيادة متولدة من العين او شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطى
وبيع المراجعة انما يمنع جوازة من غير بيان اما بالخيانة في الثمن او باحتباس شيء من المبيع *

قوله فاصابه فرض فار في الفوائد الظهيرية والفرض بقاء معجمة من فوقها بواحدة نص على هذا
صدر الاسلام ابو اليسر ررح **قوله** والمعنى ما بيناه اما في فرض فار فلما ذكر في الاورار ان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن واما في حق تكسر الثوب بنشرة فلما ذكر في فقهاء العين انه صار مقصودا بالاتلاف
قوله لان الاجل لا يقابل به شيء من الثمن اي حقيقة اما شبهة المقابلة فتأبته ولهذا يزداد في الثمن (لا)

لما ذكرناه وعن ابيوسف رح انه يرد القيمة ويسرد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيا تيكهم من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثلث حال وثلث
مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد فقيل
لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال *

لاجل الاجل فاعتبر ما لا في المراجعة حتى اشترط بيان الاجل احترازا عن شبهة الخيانة و
لم يعتبر في حق الرجوع لانه ليس بمال في الحقيقة وفي المبسوط فان لم يصبه عيب لكنه اصاب من
غلة الدار والدابة والخدام شيئا فله ان يبيع المشتري مراجعة على نفسه لان الغلة ليست بمتولدة
من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة بدل المنفعة واستيفاء
المنفعة لا يمنع من بيعها مراجعة فكذا بدلها وهذا لانه انفق عليها بازاء ما نال من المنفعة واذا ولدت
الجارية والسائمة او امر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مراجعة لانه لم يحبس
شيئا من المعقود عليه وان نقصها الولادة فهو نقصان بغير فعل احد وبازائه ما يجبره وهو الولد ففي
مثل هذا النقصان له ان يبيعه مراجعة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان اولي
فان استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل مراجعة حتى يبين ما اصاب من ذلك
لان ما استهلكه متولد من العين ولو استهلك جزءا من عينها لم يبيعها مراجعة من غير بيان
فكذلك اذا استهلك ما تولد من العين وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها اذا اصاب
من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مراجعة حتى يبين ما اصاب ههنا لان ما اصاب في حكم جزء
من عينها وعند الشافعي رحمه الله له ان يبيعها مراجعة بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة
وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وان كان
انفق عليها ما يساوي ذلك في ملفها وما يصلحها فلا بأس بان يبيعها مراجعة من غير بيان لان
حصول الزيادة له باعتبار ما انفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم *

قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الاجل لا يبقا بله شيء من الثمن (قوله)

• (كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل) :

قال ومن ولي رجل شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن *
 فان علمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتناخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية *

* فصل *

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه لم ينهي من بيع ما لم يقبض ولان فيه غررا نفاخ العقد على اعتبار الهلاك * ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادرا بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد

قوله فلا يقبل الاصلاح لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة فصارت التاخير الى آخر المجلس عفو كتناخير القبول فان القبول في آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات وكذا العلم بالحاصل في آخر المجلس كالعلم بالحاصل في اوله فصح على تقدير الابتداء فاما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح بخلاف ما اذا باع الى الحصاد واسقط الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر اوله لانه ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد *

* فصل *

قوله لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو ان النبي عليه السلام قال لعناب ابن اسيد حين بعته الى مكة اميرا صرا الى اهل بيت الله تعالى وانهم عن اربع بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضموا وعن شرط في بيع وعن بيع وسلف **قوله** ولان فيه غررا نفاخ العقد على (١)

والجديد معلول به عملا بدلائل الجواز والآجزة قيل على هذا الاختلاف ولوسلم
فالمعقود عليه في الآجزة المنافع وهلاكها غير نادر *

قال ومن اشترى مكيلا مكيلة او موزونا موازنة فاكثاله واتزنته ثم باعه مكيلة او موازنة

اعتبار الهلاك لانه اذا هلك قبل القبض ينتسخ البيع وعاد الى قديم ملك البائع
فيكون المشتري بائعا ملك غيره ومتى قبض يتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه وقبل
القبض لا يدري اتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه ام ينتسخ فيصير بائعا ملك غيره
فلا يصح فتمكن فيه غرر فكان باطلا بخلاف البيع الاول لانه لا يتمكن فيه هذا الغرر لانه
متى لم يقبض المشتري وانفسخ البيع بالهلاك او قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين
بائعا ملكه لا ملك غيره بخلاف ما نحن فيه *

قوله والجديد معلول به فان قيل هذا تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام
نهى عن بيع مال يقبض وانه عام قلنا الجديد دخله خصوص فبيع المهر وبدل الخلع
والصلح عن دم العمد والميراث قبل القبض يصح اتفاقا لما انه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك
وكذا لا يتوهم الانفساخ ههنا فيخص بالقياس لان مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس
على انه لم يتناول المتنازع اذ لا يتأتى فيه القبض الحقيقي لانه يكون بالنقل فيكون المسئلة مبنية
على الاختلاف في غصب العقار **قوله** والآجزة قيل على هذا الاختلاف اي لا يجوز للمشتري
ان يؤاخر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد ربح وعندهما يجوز والاصح ان الآجزة لا تصح
اتفاقا وعليه التمسك لان الآجزة تملك المنافع والمنافع كالمقول في احتمال الهلاك **قوله**
ومن اشترى مكيلا مكيلة قيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او
وصية جاز له التصرف قبل الكيل وكذا في الثمن وذكر في الايضاح اذا قبض الكروهن من
ثم باعه قبل الكيل جاز لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز وقيد بكونه مكيلة او موازنة لانه
اذا باع المكيل او الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع او بالاكل وغيرهما (قوله)

لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عم
نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صالح البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل
ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز منه
بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له
لان الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان
بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبته
المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته
ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر
صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم

قوله لم يجز للمشتري منه اي للمشتري الثاني من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد
الكيل لنفسه كما هو الحكم في المشتري الاول وانما وضع المسئلة فيما اذا باعه المشتري
الذي اكثاله ليشير به الى ان تصرف المشتري قبل الكيل لا يجوز وان كيل مرة قبل شرائه
او بعد شرائه بغيبته **قوله** حتى يعيد الكيل اي بعد شرائه ولا يكتفى بكيل بائعه حيث اشترى
بائعه ولا يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل لان الصحيح انه لو كاله البائع بعد البيع
بحضرة المشتري مرة يكفي به **قوله** وهو الشرط اي الشرط كيل البائع وكيل المشتري وانما شرط
ذلك لان البيع يتناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول فربما يزيد وينقص فما لم يكل لنفسه
اولم يزن لا يمتاز المبيع عن غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان اصل القبض شرط جواز
التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطا ايضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا او وزنا من تمام
القبض لان القدر معقود عليه فيما بيع كيلا ووزنا حتى يلزمه رد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن
بخصه ما نقص والقبض غير مغل لتوهم الزيادة والتقصان بخلاف ما اذا باع مجازفة اذ البيع وقع
على المشار اليه لاعلى مقداره بعينه وتصور زيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام (نا)

﴿ كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل ﴾

ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المحدث عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن البيهقي رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط *

قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز اقيام المطلق وهو الملك وليس فيه ضرر الانقاس بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع *

قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الاستحقاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصا ربرا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فالولي ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا استقطا الخيار

فاكتاله ثم باعه مجازفة فاكتاله المشتري فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري *

قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما نبين في باب السلم وهو ما اذا اشترى المسلم اليه من رجل كراوا ضررب السلم بقبضه فانه لا يصح الابصاعين لاجتماع الصفتين بشرط الكيل احدهما شراء المسلم اليه وثانيهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالمبيع الجديد فيجتمع صفتان **قوله** ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الاصل والزيادة واذا اوفى المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة وليس للبائع ان يمتنع من تسليم الزيادة **قوله** فلا يمكن اخراجه يعني لما قبل كل الثمن بهذا المجموع فلما خرج بقي بعض المبيع بلاموض وذا لا يجوز ولا يمكن ان يجعل الباقي في مقابلة الكل لانقضاء العقد الجديد (قوله)

{ كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل }

أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وإنما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط

قوله أو شرطاه بعد العقد بان عقدا عقدا ثم شرطا الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم الى غيره فان قيل الالتحاق بطريق الاستناد وما هذا شأنه يثبت ثم يستند وقد تعذر ههنا الثبوت لانه يصير ملكه عوض ملكه قلنا يفسخ العقد في حق تصحيح الزيادة **قوله** بخلاف حط الكل لانه تبديل لأصله أي لأصل العقد لانه يصير هبة لا لوصفه فلا يلتحق به ولانه لو التحق بأصل العقد يفسد العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف غير مشروع **قوله** وعلى اعتبار الالتحاق جواب عن قول زفر والشافعي رحمهما الله **قوله** ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع يعني الزيادة في الثمن وفي البقالي وأما الزيادة في المبيع فجائزة بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة في الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائم وفي الايضاح قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده فزاد البائع للمشتري جارية اخرى فالزيادة جائزة لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري للبائع لم يجز لان الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالك ومن اصل محمد رح ان هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن ولو اعتق او كاتب او دبرا واستولد او مات لوقتل او وهب او باع او طحن او نسج او تخمرا واسلم مشتري الخمر لا تصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بهما (قوله)

(كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل)

لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا *

قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجملا معلوما يصير مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره
تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول
ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصان
والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل *

قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح لانه
اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي
والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة
اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسبية
وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة
حيث يلزم من ثلثه ان يقرضه ولا يطالبه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية
بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي والله اعلم *

قوله لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فان الهالك لا قيمة له فاخراج البدل عما يقابله
ملايم له ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع **قوله** وقد ذكرناه اي وقد ذكرنا ان
الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وفي تأجيل الدين كما في الحصان والدياس بخلاف الجهالة
في البيع الى اجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهالة يسيرة **قوله** من قبل اي في آخر
باب البيع الفاسد **قوله** صار مؤجلا لما ذكرناه وهو قوله لان الثمن حقه **قوله** الا القرض
فان تأجيله لا يصح اي لا يلزم اي لمن اجل ابطاله كما في العواري واعلم ان القرض مال
يقطعه من امواله فيعطيه وما ثبت عليه دين فليس بقرض والدين يشمل ما وجب في ذمته ديننا
بعقدا واستهلاك وما صار ديننا في ذمته باستقراره فهو اعم من القرض وقال مالك رح التأجيل
في القرض لازم لانه صار ديننا في ذمته بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون (باب)

(كتاب البيوع باب الربوا)

* باب الربوا *

الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متناضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضى ويقال القدر مع الجنس وهو شمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان

* باب الربوا *

الربوا محرم في كل مكيل اي حكم الربوا وهو الحرمة والربوا في اللغة عبارة عن الفضل يقال هذا يربو على هذا اي يفضل قال الله تعالى وما آتيتم من ربوا ليربوا في اموال الناس فلا يربوا عند الله رسمي المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفي الشرع عبارة عن فضل مال لا يقابله عوض في معاوضة مال بمال وهو محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه لقوله تعالى وحرم الربوا ونذكر الله تعالى لا كل الربوا خمسا من العقوبات احدها التخييط والثاني المحق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود في النار وذلك آية نهايتها حرمت لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان يمحى الله الربوا فاذا نوا بحرب من الله ورسوله وذروا ما بقي من الربوا ان كنتم مؤمنين ومن عاد فاولئك اصحاب النار هم فيها خالدون *

قوله وهو شمل اي القدر لانه يتناول الكيل والوزن والاصل فيه اي في كون القدر مع الجنس علة الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ومدار هذا الحديث على اربعة نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم مع اختلاف الفاظهم وانه معلول باجماع القائسين (خلا)

والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كما شترط الشهادة في النكاح فيعلل بعله تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قديد ورمع الشرط

خلافا لصحاب الظواهر لانهم لا يرون القياس حجة فتصروا حكم الربوا على الاشياء الستة *

قوله والجنسية شرط اى شرط لتعمل العلة عملها حتى لا تعمل علته وهى الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان عنده الإ عند وجود الجنسية ولا اثر للجنسية بانفرادها عنده حتى لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروى جاز عنده لان العلة لا تعمل الا عند وجود شرطها لا ان الشرط يعمل شيئا من العمل عند عدم العلة **قوله** لانه نص على الشرطين اى الشارع نص على الشرطين التقابض والتماثل لانه قال اذا بيد مثلا بمثل اى قابضا يدا بيد ومماثلا بمماثل آخر وهما نصب على الحال والعامل فيه الفعل المضمر وهو بيع او روى الرفع في هذا المعنى ايضا والعدول الى الرفع للدلالة على الثبوت والاحوال شروط كما في قوله ان دخلت الدار راكبة فانت طالق **قوله** وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر اى جواز بيع هذه الاموال بشرطى التقابض والتماثل يشعر بان موجبهما وصف في المحل ينبنى عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لاجله زيادة الشرط لانه متى يقيد طريق اصابته بشرط زائد يعظم خطره في عين الممتلكين كالعقد الوارد على الابضاع لما خص بشهود وولي دون سائر المعاملات دل على ان المستحق به ماله خطر وهو البضع فيعلل بعله تناسب اظهار العزة والخطر وهو الطعم والتمنية **قوله** والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح اذا الاموال انما تبقى اموالا مادامت لها اثم لان ما لا يبدل الثمن بمقابله لا يكون ما لا مثل كف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء النفس بوصف انها ما كولة او وسيلة اليه **قوله** ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لثبوتهما في خطير ومهان ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلناها شرطا لعلته **قوله** والحكم قديد ورمع الشرط جواب شبهة ترد على قول الشافعي رح وهي ان حكم (الربوا)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع
اذ هو ينبى عن التقابل وذلك بالتماثل او بصيانه لا موال الناس عن التوى

الربوا كما يدور مع الطعام والشمية على اصلك فكذا يدور مع الجنسية فلم جعلت الطعام والشمية
علة دون الجنسية فاجاب بانه لا اثر للجنسية في زيادة الخطر والحكم قديد ورمع الشرط كما يدور
مع العلة كالرجم مع الاحصان والفرق بينهما بالتاثير وعدمه الا ترى انه عليه الصلوة والسلام
عند بيان حكم الربوا ذكر الاثمان وانفس كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم فالبر افضل طعام
بنى آدم والشعير انفس علف الدواب والتمر انفس الفواكه والملح انفس التوابل ليشعر بان العلة هي
الطعام ولو كان التدريع لكان ذكر هذه الاشياء تكرارا محضا اذ عفة القدر لا يختلف في هذه الاربعة
واذا قال مالك رح ان العلة لاقتيات والادخال لانه خص بالذكر كل مقتيات ومدخر *

قوله ولنا انه اوجب المماثلة أى الشارع اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوق
الحديث لان معناه بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل والباء للالصاق فدل على اضرار فعل
وذا بيعوا لقوله عليه الصلوة والسلام بعده فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم
فذكره عند الاختلاف دليل على انه المضر عند الاتفاق وقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام
بالطعام الاسواء بسواء اذ النهي عن الشيء امر بضده وقوله مثلا بمثل حال لما سبق
والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبة والامر للايجاب والبيع مباح فصرف الامر الى الحال
التي هي شرط اي بيعوا بوصف المماثلة وقد يتعلق المباح بشرط يجب رعايته كالاظهار في النكاح
قوله تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبى عن التقابل لان البيع مبادلة المال بالمال وذا بالتماثل في متحد
الجنس بحيث يتقابل كل جزء من هذا عوض مماثلة اذ لو فضل احد العوضين لخلل ذلك
الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا يتحقق المعاوضة بل يكون استحقاقا لذلك القدر
بلا عوض وتسمية المعاوضة خلافا **قوله** او صيانة لا موال الناس عن التوى اذ شرط الفضل متول المال
لا يستحقه بلامنة وعوض والبيع شرع لتحصيله لا لتوائه فيكون شرطا غير ملايم للبيع فيبطل (قوله)

او تميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا

قوله او تميما للفائدة اي لفائدة البيع باتصال التسليم بالمبيع فان فائدة البيع حصول الملك في المبيع فنفس العقد ثبت ملك الرقبة وتماصه بملك التصرف وذلك باتصال التسليم بالعقد وذلك في وجوب المماثلة لان وجوب المماثلة يقتضي كون كل واحد منهما مقبوضا وبالقبض يتم الفائدة فقلنا بوجوب المماثلة تميما للفائدة وفي الكافي للعلامة النسفي وتميما لفائدة التبايع بوجود التقابض اذ شرط الفضل سبب للتنازع المانع من المقصود بالتبايع وهو التقابض المطلق للتصرف اذ المشروط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والاخر يمتنع عن التسليم بوجود الضرر فيقعا في التنازع وهو فساد ما يقضي الى الفساد فهو فاسد نعم قد رخصي بذلك ربما يندم لان طبعه لا يتقاد ظاهرا لكونه مجبولا على حب المال والمغبون غير ماجور ومحمود فربما يتنازعان عند التسليم والتسلم وفي النهاية للعلامة السغناقي رح او تميما للفائدة باتصال التسليم بالتماثل يعني في الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض فانهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقيق المماثلة فكان تميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل اي بعد كون كل واحد منهما مثالا لاخر يجب ان يتصل التسليم بالتماثل حتى يتم فائدة العقد وتحتمل ان يكون معناه عاما في الاموال كلها اي لو لم يكن كل واحد منهما ماثلا لاخر لا يتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين ضررا في حق الآخر واذا كان مثالا لاخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفائدة وهي نبوت الملك اتم بعد القبض لانه يكون نفعا في حقهما جميعا بخلاف ما اذا كان احدهما انقص من الآخر **قوله** ثم يلزم عند فوته اي فوت الشرط وهي المماثلة الني هي شرط الجواز حرمة الربوا لقوله عليه السلام والفضل ربوا والفضل اسم لكل زيادة والربوا اسم لزيادة هي حرام واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعلل بعلته توثر في ايجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعام والتمينة لان وجوب المماثلة لا يكون الا في محل قابل لها * (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

والمماثلة بين الشئيين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر
الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة
الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا اولان في اعتباره سد باب
البياعات اول قوله م جيد ها ورديها سواء والطعم والثمينة من اعظم وجوه المنافع والسبيل
في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره
اذ اثبت هذا فنقول اذا بيع المكمل والموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط
الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيلاً وفي الذهب
بالذهب وزناً بوزن * وان تفاضلاً لم يجز لتحقق الربوا * ولا يجوز بيع الجيد بالردى مما فيه
الربوا الا مثلاً بمثل لا هدار التفاوت في الوصف * ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة
بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة
عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم

قوله والمماثلة بين الشئيين باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود بصورته ومعناه
فانما يقوم المماثلة بهما فالقدرة عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة والجنس
عبارة عن التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى ولا عبرة للوصف لقوله م جيد ها
ورديها سواء وللاجماع فان بيع فقير جيد بفقير ردي وفلس لا يجوز ولان ما لا ينتفع به
الا بهلاكه فمنفعة في ذاته فيهدر الوصف اذا المقصود هي المنفعة وهي في الذات بخلاف
ما ينتفع به بغير اهلاكه لان انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف ولان الناس لا يعدون التفاوت فيه
معتبراً لقلته ولان في اعتباره سد باب البيع وهو مفتوح فما يؤدى الى انسداد فهو مردود
قوله والطعم والثمينة من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق والاباحة
بابلغ الوجوه لشدة الحاجة اليها دون التضييق كالهواء والماء والنار اذا الحاجة تؤثر في الاباحة
كالميتة تحل عند الحاجة وكالطعام في الغنمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح (تناول)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ومادون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بمادونه ولوتبايعا
مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود
القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية *

قال واذا اعدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء

تناول سائر الاموال فتعليل الحرمة بماله اثر في الاطلاق لافي الحرمة فاسد لافضائه الى فساد
الوضع وسياق النص دليلنا لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على بعض وذكر للكل حكما
واحدا فلا بد ان يكون علة الحكم متحدة اذ الحكم المشترك لا بد له من علة مشتركة وذا فيما
ذكرنا لا فيما ذكره فان قيل ما تعني بقولك العلة القدر مع الجنس ان عنيت به انه علة الربوا
فهو ظاهر الفساد لان بيع المكيل والموزون بجنسه متماثلا يصح مع وجود العلة وان عنيت
به انه علة وجوب المساواة فليس فيما ثبت اشارة اليه قلناهما علة وجوب المساواة وحرمة الفضل
وقد اشرت الى ذلك لاني بينت ان الخديث اوجب المساواة وانما يتصور وجوبها في محل
يقبلها وذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة يجب المساواة وباعتبار وجوب
المساواة يحرم الفضل لغوات حكم الامر وما يوجب احد الضدين يقتضي نفي الضد الآخر
اذا كان مغوتا له كالامر بالمساك في رمضان يقتضي حرمة الاكل والشرب والوقاع لان الضد
منفوت للمامور به فثبت ان القدر والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل ومعنى قولنا علة الربوا
القدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربوا او علة كون المال ربويا او علة حرمة
الفضل واذا ثبت ان العلة القدر والجنس تعدى الى سائر المقدرات سواء كان مطعوما او لا *

قوله ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة هذا اذا كان كل واحد من البدين
لا يدخل تحت نصف الصاع واما اذا كان احد البدين لا يبلغ حد نصف الصاع والآخر
يلغ حد نصف الصاع او اكثر فيبيع احدهما بالآخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط
وقال لوباع حفنة بقفيز لا يجوز **قوله** والمعنى المضموم اليه اي الكيل او الوزن (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجد احرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا
وجد احد هما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء مثل ان يسلم هروياقي هروي او حنطة
في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي رح الجنس بانفراده
لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه
حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر
او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة

قوله لعدم العلة اي حل التفاضل لدليل الحل وهو قوله تعالى واحل الله البيع وعدم علة الحرمة
لان يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لان عدم لا يثبت شيئا لانه ليس بثابت في نفسه **قوله**
وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء وهذا راجع الى اصل وهو ان الجنس عندنا احد
وصفي العلة لتحريم الربوا في النقد فيكون علة لتحريم ربوا النساء وعند الخصم الجنسية شرط والشرط
لا اثر له في اثبات الحكم **قوله** وحقيقة الفضل فيه غير مانع حتى يجوز بيع ثوب هروي بثوبين
هرويين فالولى ان لا يمنع شبهته ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى احدا الوصفين لوجود
المسوي بينهما من وجه اما اذا تا بالقدر او معنى بالجنس النقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة الربوا
وهي كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربوا وهذا الان كل حكم تعلق بوصفين
مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلية فيثبت بشبهة العلية شبهة
الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته الا ترى انه لو اسلم قفيز بر في قفيز شعير لا يصح اجماعا ولا يقال
انه بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النساء وان كان بعض العلة
لحرمة ربوا الفضل وكذلك اسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد
والرصاص وما اشبه ذلك يجوز عنده وعندنا لا والشافعي رح ينكر حرمة النساء فانه يقول
التقايض في بيع المطعوم بالمطعوم شرط جواز العقد في عدم الجواز لانعدام التقايض لا لكونه نساء
وهذا خرق لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذا في الايضاح (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه بجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقا في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثنى يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو مثنى لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة *

قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابد وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابد (وان ترك الناس الوزن فيه) مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاتوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس

قوله الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران استثناء من قوله واذا وجد احد هما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء **قوله** ونحوه كسائر الموزونات **قوله** فاذا اختلفا فيه صورة اي في صورة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات ومعنى فان الزعفران مثنى متعين والنقود مثنى لا يتعين وحكما فان التصرف في النقود قبل الوزن يصح وفي الزعفران واشباهه اذا باعه ممن لا يتعين وحكما فان التصرف في النقود قبل الوزن يصح وفي الزعفران واشباهه اذا باعه موازنة لا يجوز التصرف فيه قبل الوزن **قوله** لم يجمعهما القدر من كل وجه فيتتزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهذا لانهما اذا اتفقا في الوزن من كل وجه كما لو اسلم الحديد في القطن حرم النساء لشبهة الربوا فاذا اختلفا من هذه الوجوه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي الذخيرة وربوا النساء يحرم باحد وصفي علة الربوا وهو الجنس او الوزن او الكيل مثنى او مثنى حتى انه اذا اسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز اوجود الكيل في مثنى وكذا اذا اسلم الدراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في مثنى واذا اسلم الحديد في الزعفران لا يجوز لوجود الوزن في مثنى واذا اسلم الدراهم في الزعفران يجوز لانه لم يوجد الوزن في مثنى او مثنى انما وجد في مثنى ومثنى **قوله** لان النص اقوى من العرف لان العرف يحتمل (ان)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لانهاد القوعن ابيوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا الوباع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم * **قال** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالواقى

ان يكون على الباطل واما النص بعد ثبوته فلا يحتل ان يكون على الباطل ولان العرف حجة على الذين تعارفوا به وليس بحجة على من لم يتعارفوا به واما النص فحجة على الكل * **قوله** لانهاد الذي العادة يرجع اليها لانها مبنية على عقولهم والعقل حجة من حجج الله تعالى كالنص ولهذا قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن **قوله** لان النص على ذلك لمكان العادة اي لان النص بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هي المنظور اليها **قوله** وقد تبدلت والجواب عندان تقرير رسول الله عليه السلام اياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لانه لا يعارض النص **قوله** لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه وهو الكيل في الحنطة والوزن في الذهب لان شرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن ولم يعلم **قوله** الا انه يجوز الاسلام في الحنطة وزنا وهو رواية الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله لان المماثلة لا يشترط في المسلم فيه وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم وذا يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة الناس **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح لغة نصف مناوعن الاصمعي هو الذي يوزن به او يكال به وقال ابو عبيد وزنه مائة دراهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة معناه ما يباع بالواقى كالادهان ونحوها والواقى بالتشديد اربعون درهما وهي افعوة من الواقى لانها تقي صاحبها من الضرر وقيل فعليه من الارق وهو النقل والجمع الاواقى (با)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكائيل فاذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة * **قال** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يد ايد وسنين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى *

قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام له قوله عم في الحديث المعروف يد ايد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقد مزنة فتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالشوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به

بالتشديد والتخفيف وعند الاطباء الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة اسباع درهم وهو استارو ثلثا سنا وفي كتاب العين الوقية وزن من اوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل وفي شرح السنة في عدة احاديث وفيه ثم تحرف الى وقية قال الازهري والمغة الجيدة اوقية كذا في المغرب ثم قال وكانهم جعلوا الخاص عاما في مكائيل الدهن فكيل اوقية عشرية واوقية ربعية وارقية نصفية ومنها قوله في فتاوى ابي الليث رحمه الله ما يجمع اندهان من دهن يقطر من الاوقية هل يطيب له ام لا وعن ابي حنيفة رحمه الله ما رأينا قاضيا يكيل البول في الاواقى *

قوله لانها قدرت بطريق الوزن لانه يشق وزن الدهن بالامناء لانه لا يمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذت الاواقى لذلك تيسيرا بخلاف سائر المكائيل **قوله** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان اي في الطرفين هذا تعريفه وقوله يعتبر فيه قبض عوضيه هذا حكمه لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء بوزن هاء اي خذاي بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء وهاء اي يتمل كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء فيتقابضان **قوله** وما سواه اي ما سوى الصرف من العقود الواردة على الاموال الربوية **قوله** خلافا للشافعي رح في بيع الطعام وذكر لفظ الطعام مطلقا يتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس او اتحد بان باع كرحضة بكر حنطة (او)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ومعنى قوله عدم يد ايدينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والموئل *

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر *

قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانها عندا بحنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانها وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذا لولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين

او بكر شعير او تمر او فترقا من غير قبض فانه يجوز العقد عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يد ايدي اي قبضا بقبض وانما كنى باليد عن القبض لان اليد آلة القبض ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالشوب اي كما لو باع ثوبا بثوب او بثوبين واكثر قالوا عن قبض فان قيل اذا باع انا فضة بانا فضة او بانا ذهب يشترط فيهما التقابض مع ان انا الفضة والذهب مما يتعين بالتعيين فلنا ان الذهب والفضة خلقا ثمينين والتعين بالصنعة عارض فبقي شبهة عدم التعيين نظرا الى الاصل فيشترط القبض اعتبارا للشبهة في الربوا بخلاف الطعام فانه ما خلق للثمنية فلا يكون فيها شبهة عدم التعيين بعد التعيين *

قوله ومعنى قوله عليه السلام يد ايدينا بعين اذا اليد آلة التعيين كما هو آلة القبض فلم كان حمله على القبض اولى بل حمله على هذا الحق لما روى عبادة بن الصامت عينا بعين فان قيل بعين هذا اللفظ اريد القبض في الصرف حتى لو افرقا قبل القبض بطل الصرف فكيف يجوز ان يراد به التعيين في بيع الطعام فلنا بل اريد التعيين فيهما الا ان التعيين في الصرف لا يكون الا بالقبض فاشترط القبض للتعين لا لعينه فلم يختلف المراد **قوله** وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا جواب عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض في المجلس (يتعاقب)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العدا في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي بالكالى وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفرادة يحرم النساء * **قال** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعارفهما الكيل لكن الكيل غير مرسوم بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل *

يتعاقب القبض يعني ان التجار لا يفصلون في المالية من المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد ان يكون حالا بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المقابلة كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه او بغير جنسه *

قوله ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد جواب اشكال وهو ان يقال اذا خرج في حقهما من ان يكون ثمناف يعود وزنيا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر وذلك لا يجوز فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد فقال الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد وهما في هذه المبايعة اعراضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعراضا عن اعتبار صفة العد وليس من ضرورة خروجها من ان يكون ثمناف في حقهما خروجهما من ان يكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة الكالي من كلا الدين تأخر كلا فهو كالي ومعنى الكالي بالكالى النسبة بالنسبة **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي لامتساويا ولا متفاضلا بالكيل ولا بغيره **قوله** لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة لان بالطحن لم يوجد الاتفرق الاجزاء والشئ بالتفرق لا يصير شيئا آخر فكانت المجانسة باقية من هذا الوجه ومن حيث ان اختلاف المجانسة بين الشئين انما يثبت باختلاف الاسم والصورة والمعنى وقد تحقق ذلك بالطحن وكانت حرمة الفضل ثابتة قبل الطحن وقد بقيت المجانسة من وجه فلا يزول تلك الحرمة بالشك فاشترط التساوي في بيع الحنطة بالدقيق ولم يوجد لان الكيل لا يسوي (بينهما)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقيق الشرط * وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند
ابن حنيفة رح متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة وكذا
بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود

بينهما لاكتناز الدقيق وتخلخل جبات الحنطة فلذلك لم يجز البيع اصلا لشبهة الفضل فان قيل
الحرمة في الربوا حرمة موقته الى غاية وجود المساواة فلو ثبتت الحرمة بينهما على هذا الطريق
لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهي ابد افع كان على خلاف ما اقتضاه النص في الاصل وهو قوله
عليه السلام لا تتبعوا البر بالبر الا متساويا وهذا فرع ذلك فيجب ان يكون على وفاق الاصل والا يلزم
ان يكون مثل ظهار الذمي وذلك لا يجوز لهذا المعنى على ما عرف قلنا الحرمة المتناهية في الربوا
هي حرمة حقيقة الفضل فان تلك الحرمة تنتهي بالمساواة واما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل
فغير موقته الا ترى ان حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لا تنتهي الى غاية ولا تنتهي
بالمسوي بل تبقى الى ان يبقى النساء فذلك هو ما يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم مكان
المساواة ويجوز بيع الدقيق بالدقيق وعند الشافعي رح لا يجوز لانه لا يعتدل في الدخول
تحت الكيل اذ هو ينكس ولهذا لا يجوز بيع الباقلاء بالباقلاء عنده وكذا بيع الرطب بالرطب عنده قلنا
المجانسة بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر ثابت فبيان المجانسة ظاهرا ما يبان
الاتفاق في القدر ان الدقيق كيلتي فان الناس اعتادوا بيعه كيلا ولهذا جاز السلم كيلا ويجوز بيعه
في الذمه كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا وحكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رح
ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة *

قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح الى قوله لقيام المجانسة من وجه
اذا السويق اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح
بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق
فكذا بيع اجزائهما بل هذا احق لتوفر المجانسة هنا وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان (لا)

(كتاب البيوع باب الربوا)

قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة *

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفروز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط

لاختلاف المقصود إذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة والاطرية ونحوها ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وإنما يلت بالسمن أو بالعسل فيوكل كذلك أو يشرب بالماء وعن أبي يوسف رح أنه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا لأن الدقيق قد يصير سويقا بأن يرش عليه الماء ثم يغلى فيصير سويقا بيغداد يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال *

قوله قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة وذلك لا يوجب اختلاف الجنس فكذا الدقيق مع السويق إلا أن بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم المساوي بينهما فإن المقلية لا يعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلي إذا قلت رطبة وضمورا إذا قلت يابسة وهذا التفاوت معتبر لأنه يصنع العباد بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة لأنه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المساوي بينهما حنطة علكة أي يتلزوج كالعلك من جودتها وصلابتها التلزوج التمدد من غير انقطاع المسوسة بكسر الواو المشددة التي وقع فيها السوسة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام وفي الذخيرة وأما بيع المقلية بالمقلية فيجوز إذا تساوى كيلا لا يبالغ في المجانسة بينهما قائمة من كل وجه وذكر في المبسوط أنه لا يجوز كذا في النهاية **قوله** بلحم من جنسه بأن باع لحم الشاة بالشاة الحية وإنما قيد بلحم من جنسه لأنهما لو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلة والكثرة كما في بيع اللحمان المختلفة على ما يجب هذا إذا كانت الشاة حية أما إذا كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز (إلا)

(كتاب البيوع باب الربوا)

او من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسمة ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان
الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويشغل اخرى بخلاف
تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين التجير ويوزن التجير *
قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند ابي حنيفة رح وقال لا يجوز لقوله م
حين سيئل عنه أو ينقص اذا جف فقيل نعم فقال م لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله م
حين اهدي اليه رطباً او كل تمر خبير هكذا سماه تمر او بيع التمر بمثله جائز لما روينا

الا على سبيل الاعتبار بالاتفاق وان كانت مسلوخة مفصولة عن السقط جاز اذا تساوى وزنا ولا فلا
وسقط المتاع رذاله واراد به هنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والكرش والامعاء والطحال *
قوله من حيث زيادة السقط بان قبول اللحم باللحم او من حيث زيادة اللحم بان قبول
اللحم بالسقط **قوله** وصار كالحل بالسمسمة اي كبيع دهن السمسمة بالسمسمة فانه لا يصح
الابطريق الاعتبار بل اولى لان اللحم في الشاة اثنان من الدهن في السمسمة لانه قائم
بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم والدهن ليس بقائم وانما يحدث بالعصر فلما
ثبت الربوا بين الدهن والسمسمة لان ثبت هنا اولى **قوله** لانه يخفف نفسه مرة بصلا بته ويشغل
اخرى لاسترخاء مفاصله والميت لاسترخاء مفاصله اثقل من الحي والنساء لاسترخائهن
اثقل من الرجال اصلاً بنهم **قوله** بخلاف تلك المسئلة اي بيع الحل بالسمسمة لان الوزن
في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين التجير ويوزن التجير فيكون حينئذ بيع الموزون
بموزون من جنسه فلا يجوز الامع التساوي وذلك مجهول والنهي من بيع اللحم بالحيوان
فيما اذا كان احدهما نسيئة كما ذكر مقيداً به في رواية وبه نقول **قوله** لا اذا اي لا يجوز اذا كان
ينقص عند الجفوف وهذا اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو
مابعد الجفوف ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال
صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبأخره وهو قوله ءم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة *
قال وكذا العنب بالزيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه

قوله ولانه لو كان تمرا الى آخره فان قيل فبالنظر الى هذا التريد ينبغي ان يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لان المقلية لا تخلو اما ان كانت حنطة اولم تكن فان كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم تكن حنطة يجوز ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم قلنا هذا جواب جدلي لاجل دفع الخصم اما الجواب لا بـحنيفة رح من قوله او ينقص اذا جف فاطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب وذكر في المبسوط ودخل ابو حنيفة رح بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا شديدا عليه لمخالفة الخبر فقال الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا اولم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز العقد ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رح كيف يقال ابو حنيفة رح لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا الجواز ان يكون ههنا قسم ثالث كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لا بـحنيفة رح الاستدلال بقوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل والتمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان يدرك وما يتردد عليه من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالادمي يكون صبيانه شابانه كهلائمه شيخا واذا ثبت ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد فان قيل لو كان الرطب تمرا ينبغي ان يحث فيما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل تمرا قلنا مبني الايمان على العرف وفي العرف الرطب (غير)

كتاب البيوع باب الربوا

وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا عندنا لانه يبيع التمر بالتمر وكذا يبيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة
او التمر والزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو المال وابي حنيفة رح يعتبره في الحال وهكذا ابو يوسف رح عدلا باطلاق
الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما

غير التمر وتاويل الحديث ان صح ان السائل كان وصيا لليتيم فلم ير رسول الله عليه السلام
في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق
الاشفاق لاعلى وجه بيان فساد العقد كذا في المبسوط ولان الصحيح انه سئل عن بيع
الرطب بالتمر نساء كذا روى ابو داود في سننه وبه نقول *

قوله وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لا بين حنيفة رحمه الله بين بيع التمر
بالرطب وبيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو ان النص ورد باطلاق لفظ
التمر على الرطب في قوله عليه السلام او كل تمر خيره كذا ولم يرد باطلاق
اسم الزبيب على العنب **قوله** لما روينا لهما وهو قوله عليه السلام لا اذا ولا يقال
وجب ان لا يصح بيع المبلولة بالرطوبة ولا باليابسة كما لمقلية بغير المقلية لان الحنطة
في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربوا على هذه الصفة فاذا بليت بالماء عادت الى تلك
الصفة الاصلية فاذا وجدت المماثلة في المعيار الشرعي جاز العقد واما الحنطة لم تخلق
مقلية حتى يكون هذا اعادة تلك الصفة الاصلية قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله
ان الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله ان يبيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز
اذا بليت الحنطة وانتفخت اما اذا لم تنتفخ بعد لكن بليت من ساعته يجوز بيعها باليابسة
اذا تساوى كيلا كذا في المحیط والذخيرة *

(قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما انعقد صورته لا قبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة **قال** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسمة بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسمة فيكون الدهن بمثله والزيادة بالتجيران عند ذلك يعري عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا الان ما فيه لو كان اكثر او مساوياً له

قوله ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وهي بيع الحنطة الرطبة او المبلولة الى آخرها وبين الرطب بالرطب وكذا بين العنب بالعنب ان التفاوت في هذه الفصول يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وهو الحنطة والزيت والتمر وفي بيع الرطب بالتمر مع بقاء احدهما وكان هذا تفاوتاً في المعقود عليه وفي الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد **قوله** فان هذا الاسم اي اسم التمر له من اول ما انعقد صورته لا قبله فان قبل انعقاد صورته اسمه الكفري وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كم النخل لانه يستمر ما في جوفه **قوله** والكفري عددي متفاوت هذا جواب عما يقال الكفري لما لم يكن من جنس التمر وجب ان يجوز الاسلام في الكفري اذا جعل التمر رأس المال فاجاب ان الكفري عددي متفاوت فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة **قوله** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت اي بيع ثمرة الزيتون بالزيت وفي المغرب الزيتون من العصارة ويقال لثمرة الزيتون ايضاً ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الايض ويقال للعصير او النبيذ قبل ان يتغير شيرج ايضاً وهو تعريب شيرة (قوله).

(كتاب البيوع باب الربوا)

فالتجبر وبعض الدهن او التجبر وحده فضل ولولم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لا احتمال الربوا
والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدنه واللبن بسمنه والغلب بعصيرة والتمر بدسه
على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن بجوز كيف ما كان بالا جماع

قوله فالتجبر وبعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان اكثر وقوله والتجبر وحده الى
قوله او مساو ياله فان قيل ينبغي ان يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم باي وجه كان لان
الدهن وزني والسمسم كيلبي قلنا المقصود من السمسم ما في السمسم وهو دهنه فيكون حينئذ
بيع الجنس بالجنس فان قيل لو كان ما في السمسم متصودا وتجيرة ايضا متصودا حتى جعل
بمقابلته شيء من الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن
والتجبر الى خلاف الجنس كما في مسئلة الاكرار وهي بيع كرحنطة وكرحشعير بثلاثة اكرار حنطة
وكرحشعير قلنا ذاك الصرف الى خلاف الجنس انما يصح في المنفصل خلقه كما في مسئلة الاكرار لانه
لما كان منفصلا خلقه امكن اعتباره منفصلا في حق الصرف الى خلاف الجنس ايضا وفي المبسوط
والاصل في جنس هذه المسائل ان المجانسة بين الشئتين يكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما
في الضمن اخرى وفيما اذا وجدت المجانسة عينا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيع
تقير حنطة علكة بقفير حنطة قد اكلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بال دقيق يعتبر
المجانسة بما في الضمن حقيقة وان كان ذلك شئيا آخر حكما حتى ان الغاصب اذا غصب حنطة
وطحنها يصير ملكا له ثم لا مجانسة بين الزيتون والزيت صورة فيعتبر ما في الضمن **قوله** والشبهة
فيه كالحقيقة ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في شراء الحيوان غير مقصود
وانما المقصود الدرو والنسل والاسامة وانه يعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا
كما في الزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج الا ترى ان اللحم في الحيوان وان كان موجودا
حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتى لو اخذ بضعة من لحم الحيوان لايحل تناولها عرفنا ان مقصود
اللحم حصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله **قوله** على هذا الاعتبار يعني ينبغي ان يكون المفرز (في)

كتاب البيوع باب الربوا

قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراعاة لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البختي * **قال** وكذلك البان البقر والغنم ومن الشافعي رح انها جنس واحد لا اتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة فكذا اجزاؤهما اذا لم تتبدل بالصنعة * **قال** وكذا دخل الدقل بخال الغنم للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ما بينهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد * **قال** وكذا شحم البطن بالاية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا * **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا

في هذه الاشياء اكثر مما في هذه الاشياء والقطن بغزله قيل يجوز لاختلافهما حقيقة وقيل لا يصح الا بطريق الاعتبار لان في القطن غزلا لكنه دقيق جدا والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان اي سواء كان القطن اكثر مما في الكرباس من القطن او اقل او مساويا بالاجماع * **قوله** وكذا البان البقر والغنم معطوف على قوله ويجوز بيع اللحمان المختلفة **قوله** وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لا اتحاد المقصود وهو التغذي والتقوي والاختلاف بعد ذلك يرجع الى الوصف **قوله** اذا لم تتبدل بالصنعة معناه ان للاجزاء حكم الاصول ما لم تتغير بالصنعة كما في الدهن مع السمسم والعصير مع الغنم واذا تغير بالصنعة لم يبق له حكم الاصل كالخبز مع الحنطة والكرباس مع القطن والدبس مع الغنم يجوز البيع كيف ما كان وقيل معناه ان اختلاف جنس الاصول دليل لاختلاف جنس الفروع الا ترى انه لا اتحاد في المقصود فان مقصود الثمن يحصل بلبن البقر دون لبن الابل وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البزغ وقد يضره البعض وينفعه البعض حتى ان ما يكون اصله جنسا واحدا فانه جنس واحد كالقمر مع الجواميس لكن اختلاف الاصل انما يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة فان الاجزاء المختلفة اذا ابدع فيها صنعة تصير كجزء واحد بان اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا وفي مسئلتنا لم تتبدل بالصنعة فيكون الاجزاء مختلفة كاصولها وشعر المعز وصوف (١)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لان الخبز صار عددا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة ر ح انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عندا بيوسف ر ح وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراره عددا او وزنا عندا ابي حنيفة ر ح لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتور

الغنم جنسان فان قيل يجب ان يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حق الالبان وفي حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا ان المقاصد فيهما قد اختلفت فان الحبال الصلبة والمسوح انما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن واللبود والمفاقد انما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز فصارا بسبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين وحصل من هذا ان ما يوجب اختلاف الجنس في الشيء ثلاثة احدها اختلاف الاصول كاللبان البقر والغنم وكذا الحومهما والثاني التبدل بالصنعة مع اتحاد الاصل كالوزاري والزبد نجبي والخبز مع الدقيق وذكر في المبسوط وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربي بالبنفسج مع غير المربي يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربي برطلين من غير المطبوخ وغير المربي لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وذكر في الذخيرة لبواع قمقمة من حديد او صفرا ونحاس بقدمتين من جنسها يجوز يدا بيد لان الناس تركوا وزنهما مع الامكان وترك الوزن فيما ثبت الاصطلاح على الوزن اعراض عن الاصطلاح على الوزن وخروجها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم ان للصنعة تأثيرا في تغير الاجناس والثالث اختلاف المقصود وان لم يتبدل الاصل والصنعة كشعر المعز وصوف الضأن *

قوله لان الخبز صار عددا اي عند محمد ر ح او موزونا اي عندا بيوسف ر ح **قوله** ولا خير فيه اي لا يجوز على وجه المبالغة لانه نكرة في موضع النفي فتعم نفى جميع الخبرية وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح احترزه عماروي عن ابي حنيفة ر ح انه لا يجوز وفي المبسوط واما السلم في الخبز فلا يجوز عندا ابي حنيفة ر ح ولا يحفظ منهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول يجوز عندهما (على)

(كتاب البيوع باب الربوا)

والتقدم والتأخر وعند محمد رَح يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رَح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده * **قال** ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مازونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة رَح وعندهما تعلق به حق الغرماء فصارت كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه * **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رَح لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ ما لا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

على قياس السلم باللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عن ابي حنيفة رَح انه قال لانه لا يوقف على حدة معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الثقيل والخفيف ثم بهذه العلة اعتبر ابو حنيفة رَح الاستقراض فيه لان السلم اوسع بابا من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فاذالم يجز السلم في الخبز بهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض اولى واَبو يوسف رَح يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وفي الذخيرة ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده رَح لا يجوز السلم في الخبز عند ابي حنيفة ومحمد رَح لا وزنا ولا عددا وعلى قول ابي يوسف رَح انه يجوز وزنا واختار المشايخ للفتوى قول ابي يوسف رَح اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحنط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه وقت القبض *

قوله والتقدم والتأخر يعني في اول التنوير وفي آخره **قوله** هذا اذا كان مازونا له ولم يكن عليه دين لانه ح لا يتحقق البيع فلا يتصور الربوا **قوله** لهما الاعتبار بالمستأمن اي يتحقق الربوا بين المسلم والمستأمن في دارنا فكذا في دارهم والجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع والجواب ما ذكره في الكتاب (قوله)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

* باب الحقوق *

ومن اشترى منزلا فوفقه منزل فليس له الا على الا ان يشتره بكل حق هوله او بمراقفه او بكل قليل وكثير هوله فيه او منه ومن اشترى بيتا فوفقه بيت بكل حق هوله لم يكن له الا على ومن اشترى دارا بحدود هافله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً

* باب الحقوق *

قوله ومن اشترى منزلا فوفقه منزل المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مستقف ومطبخ يسكنه الرجال بعباله والبيت اسم لمستقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مستقف فكانت الدار اعم من اختيها لاشتمالها عليهما فاستتبع العلو ذكر الحقوق اولا والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلاتفاوت فلا يدخل الا بالتخصيص والمنزل دون الدار وفوق البيت فيدخل العلو فيه تبعاً بذكر التوابع عملاً لشبهه بالدار ولا يدخل بدونه عملاً لشبهه بالبيت **قوله** بكل حق هوله اي بالمنزل من الطريق والمسيل او بمراقفه او بكل قليل وكثير هوفيه نحو الميزاب او منه كالكنيف ونحوه اي يدخل الا على بواحد من هذه الالفاظ الثلاثة **قوله** والشيء لا يكون تبعاً لمثله فان قيل يشكل على هذا المستعير فان له ان يعبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكتب قلنا المراد من عدم التبعية ههنا في اللفظ الواحد بان يكون اللفظ موضوعاً لشيء فعند ذكر الشيء ان يدخل هو ومثله فانه لا يصح بل ما كان تبعاً لذلك الشيء يدخل تبعاً للمذكور الذي وضع له اللفظ مقصوداً او اضافة الاعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ما هو مثله ايضا ولكن لما اعار لرجل فقد ملكه المنافع وولاية الاعارة للمستعير انما نشأت من تملكه المنافع كما ملك الا انه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل (بخلاف)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

هند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلوي جميع ذلك لان كل بيت يسمى بالفارسية خانه ولا يدخل من علو وكما يدخل العلوي اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتوح في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف **قال** ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتره بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

بخلاف المالك لان المستعرامانة في يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فمنع عنه حذار وقوع التغير به وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو احق بتصرف يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى مقصوده عسى * **قوله** عند ذكر التوابع وهو قوله بكل حق او امثاله **قوله** وقيل في عرفنا العلوي يدخل في جميع ذلك قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلوي الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الادار السلطان فانه يسمى سراي **قوله** ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له والظلة هي السباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحة في الدار وذكروا في المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة التي فوق الباب **قوله** لم يكن له الطريق يعني الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام يدخل وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء او حق القاء الثلج في ملك انسان فلا يدخل كذا في شرح الطحاوي وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الاول (قوله)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجر فيه دخل تحصيله للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدون ان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله اعلم *

قوله بخلاف الاجارة فان هذه الاشياء تدخل فيها وان لم يذكر الحقوق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسيل والشرب فيدخل ضرورة تصحيح العقد فاما المبيع فانه موضوع ملك العين لا الانتفاع بنوع معين ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به في الحال كالمهر الصغير والجحش والارض السبخة ولا يجوز اجارتها وفي الفوائد فرق بين الاجارة وبين القسمة فان الدار اذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابا في ما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق تحريا لجواز القسمة كما في الاجارة والفرق ان في الاجارة موضع الشرب ليس مما يتناوله الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستاجر والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما فاما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاهدهما حقا في نصيب الآخر يتضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضا به ثم فرق بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل في البيع اذا ذكر الحقوق وان امكنه ان يفتح الباب فيما ابتاع ويسيل ماءه فيه وتبقى القسمة لا يدخل والفرق ان المقصود بالقسمة تمييز احد الملكين عن الآخر واختصاص كل واحد من الانتفاع بنصيبه على وجه لا يشركه الآخر فيه فلا يصار الى الانتفاع بنصيب صاحبه الا عند التعذر والانتفاع بنصيب صاحبه لا يخل بمقصود البيع فلهذا افترقا (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بيينة فانه ياخذها واولادها وان اقربها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كما سمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة

باب الاستحقاق

قوله ان البينة حجة مطلقة حتى تظهر في حق كافة الناس لان البينة تصير حجة بالقضاء والمقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار فحجة قاصرة لانه لا يتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعه بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع في الاقرار وفي الفوائد الملك لا بدله من زمان ومن سبب وفي الزمان والاسباب تراحم والزمان الذي فيه ابتداء حدوث الملك لا يزاحمه زمان آخر فكان تعيين ذلك الزمان اولى والنتاج ايضا سبب لا يزاحمه سبب آخر فكان تعيينه سببا اولى ولهذا قلنا لو ادعى ملكا مطلقا ثم ادعى ملكا بسبب صححت الدعوى وعلى العكس لا تصح لان في الفصل الاول ادعى ما هو ناقص وفي الفصل الثاني ادعى ما هو زائد ولا يقال الملك المطلق لو كان ثبوته من الاصل وجب ان لا يترجح بينة النتاج على بينة الملك المطلق لان ثبوت الملك من الاصل في النتاج قطعي وهذا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا يعارض الثابت قطعا ولا يقال بان ما ذكرتم من تعارض الزمان والاسباب موجود في الاقرار ولا يقضى بالملك فيه من الاصل لان الاقرار اخبار صيغة تملك معنى لان الملك ثابت للمقر بظاهريده وانه يملك انشاء سبب الملك لغيره فمن حيث انه اخبار ان كان يوجب ثبوته في الولد كما في البينة فمن حيث انه تملك لا يوجب استحقاق الولد فلا يثبت الاستحقاق في الولد بالشك فاما الشهادة فاخبار من كل وجه والشاهد ان لا يملك ان التملك من المشهود له فاخبار من كل وجه فيثبت الاستحقاق من الاصل (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد بالقضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا *

قال ومن اشترى عبدا فذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقاراره اني عبد اذا القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذرا الا فيما لا يعزف مكانه

قوله يثبت الملك في المخبر به وهو كون الامة ملكا له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا اي في فصل البينة وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان الولد يوم القضاء اصل بنفسه فلا بد له من الحكم مقصودا دل عليه ما قال محمد رحمة الله فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا **قوله** ومن اشترى عبدا اي شخصا على ظن انه عبد وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد انما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع اني عبد ولم يأمره بالشراء او قال اشترني ولم يقل اني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم جميعا **قوله** على كل حال اي كان الراهن حاضرا او غائبا **قوله** لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة اي الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة او بالكفالة لما ان انواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة وذكر شمس الائمة رحمه الله في الجامع الصغير قول محمد رح مع قول ابي يوسف رحمه الله (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن بيد الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع .

قوله والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة على ما هو موجه اي موجب البيع فانه يقتضي سلامته بازاء سلامته فيجعل العبد بالامر ضمانا لسلامته بدله عند عدم سلامة نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه بخلاف الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع ملك الحبس من غير عوض وبصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة **قوله** حتى يجوز الرهن بيد الصرف والمسلم فيه هذا استدلال بجواز الرهن على ان الرهن ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدال البيد الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن وانه حرام فلم يكن هذا غرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض سببا للضمان ولهذا اذا سأل رجل غيره عن امن الطريق فقال له اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص امواله لم يضمن المخبر بشيء لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وبخلاف الاجنبي فانه لا يبالي باخباره اذ لا علم له بحال العبد ظاهرا فلا يتحقق الغرور **قوله** لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود يفترون في شهادتهم الى تعيين الام فيحرم (فرجها)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقص لا يمنع لاستبداد المولى به وصار
كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على
الاعتاق قبل الكتابة *

قال ومن ادعى حقاً في دار معتاه حقاً مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم

فاستحققت الدار الاذراعاً منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي *

قال وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجوع

بحسب بدلان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل *

ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما

يستطلا تفضي الى المنازعة والله اعلم بالصواب *

فرجها على من يدعي انها ملكه وكذا بناتها وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق

الله تعالى لا يشترط الدعوى كما في عتق الامه حتى لو خلت من تحريم الفرج كولد المغرور

وهو حر الاصل ولا يتضمن حرمة فرج الام لكون الدعوى فيه شرطاً والتناقص مانعاً *

قوله لخفاء العلوق فانه قد يجلب من دار الحرب صغيراً ولا يعلم حرية ابيه وامه فيتر

بالرق ثم يعلم بحر يتهم فيه فيدعي الحرية والتناقص فيما يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة

الدعوى **قوله** كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع وانما قيد بالثلث

لان فيمادون الثلث يمكن ان يقيم الزوج البينة انه تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته

المرأة بينتها قبل يوم او يومين واما في الثلث فلا يمكن **قوله** ومن ادعى حقاً الى

آخرة وهذه المسئلة تدل على ان الصلح على معلوم عن المجهول صحيح لان الجهالة

في الساقط لا تفضي الى النزاع وعلى ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح

لان دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعي ولو اقام البينة عليه لا تقبل

بينته الا اذا ادعى اقرار المدعي عليه بالحق فحينئذ يصح الدعوى وتقبل البينة (فصل)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امر فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينقذ لانه لم يصد ر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية

فصل في بيع الفضولي

في المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خيره حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه لما صار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعلم له ولم يصر اليه واحدة في النسبة كما في اعرابي وانصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ الاصل ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن لها مجيز حالة العقد لا يتوقف وتقع باطله والشرى لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا عليه يتوقف وقال الشافعي رح لا يتوقف عقد بيبانه ان الصبي المحجور عليه اذا باع ماله واشترى شيئا وتزوج امرأة او زوج امته او كاتب عبده او عقد عقدا يجوز عليه لو فعله وليه في حالة الصغر فاذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف على اجازة وليه في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل ان يجيزه الولي فاجازة بنفسه جاز ولا يجوز بنفس البلوغ من غير اجازة بعده ولو ان الصبي طلق امرأته خلعها او اعتق عبده على مال او بغير مال او وهب ماله او تصدق وزوج عبده امرأة او باع ماله بمحاربة فاحشة واشترى شيئا باكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله او غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه فهذه العقود كلها باطلة لا تتوقف وان اجازها الصبي بعد البلوغ لم تجز لان هذه العقود لا مجيز لها وقت العقد فلا يتوقف على الاجازة **قوله** لانها بالملك او باذن المالك اي لان الولاية الشرعية **قوله** ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية والقدرة اما بالملك او بالاذن (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخبره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن

قوله ولنا انه تصرف تمليك هذا من قبيل اضافة العام الى الخاص اي تصرف وهو تمليك وانما قيد بالتمليك احترازاً عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعناق فان الصبي اذا طلق امرأته واعتق عبده على مال او بغير مال لا يتوقف على اجازة الولي ولا على اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله واشترى شيئاً وتزوج امرأة او تزوج امته فان هذه التصرفات منه يتوقف على اجازة الولي او اجازة نفسه بعد البلوغ اما اذا صدر تصرف اسقاط من الفضولي بان طلق امرأة انسان او اعتق عبده فانه يتوقف على الاجازة لان له مجيزاً حال وقوعه وقد صدر من اهله في محله أما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعاً بالخطاب وأما بيان المحلية فان البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلاً بكونه مالاً متقوماً وبانعدام الملك للفاقد في المحل لا ينعدم المالكية والتقوم الا ترى انه لو باعه باذن المالك يجوز وما ليس بمحل لا يصير محلاً بالاذن ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا او غير مالكا فان قيل اعتبار التصرف شرعاً لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية احكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم والتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لاعتصرفه لانعدام حكمه قلنا الجواب عن هذا السؤال بطريقتين احدهما لان سلم ان الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات الملك البات ولهذا الواعق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ حقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب فاما الضرر ففي زوال ملكه وبالمالك الموقوف لا يزول ملكه الثابت والثاني ان السبب انما يلغو اذا خلا عن الحكم شرعاً فاما اذا تآخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب (وتارة)

(كتاب اليسوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

وغیره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية
تحصيلاً لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع *
قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف
في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدین والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن
مملوكاً له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة

وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار والعلة لا تبطل بتأخر حكمها لما نفع فان اصل البيع صحيح
من المالك والحكم متأخر على اصل الشافعي رح الي ان يتفرق لانه تأخر لمانع وهو الخيار وكذلك
الراهنان اذا تباعا رهنا برهن بغير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذلك الطلاق
الي شهر سبب للايقاع صحيح والحكم متأخر وكذلك شهر رمضان سبب لوجوب الصوم
والوجوب متأخر في حق المسافر والمريض ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل امرأته فانه لا ينعقد
وان كان هو اهل الكلام حتى لو طلق امرأة غيره صح والمحل موجود وهو المنكوحه لاننا نقول ان الشرع
الحق الصبي بالذي لا يعقل فيما يضره من الاحكام نظراً له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى
وان تحققت الاسباب من ادراك وقت الصلوة وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة
لان اللزوم ضروري في نفسه فالتحق شرعاً بالبهيمة والطلاق اضراً لانه ابطال ما شرع مصلحة
كالهبة فلا يبقى اهلاً للكلام من ذلك الوجه كما لم يبق اهلاً لوجوب حقوق الله تعالى *

قوله وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري لانه اقدم عليه
طائعاً ولولم يكن فيه نفع لما اقدم عليه **قوله** كيف وان الاذن ثابت دلالة اي في حق الانعقاد
لان النفع فيه **قوله** بمنزلة الوكالة السابقة من حيث ان كل واحدة منهما يثبت الحكم
او من حيث ان كل واحدة منهما رافعة للمانع فان قيل لان سلم ان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
السابقة الا ترى ان الفضولي اذا باع ملك الغير والمشتري من الفضولي باع من غيره
ثم اجاز المالك بيع الفضولي لا ينفذ بيع المشتري من الفضولي قلنا الملك الموقوف (اذا)

(كتاب اليسوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينارا وان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث

اذا طرأ عليه الملك البات ابطال الموقوف وهنا ملك المشتري من الفضولي يكون باقا باجازة المالك فيبطل ملك الشخص الذي اشتراه من مشتري الفضولي *

قوله والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة الى قوله بخلاف الفضولي في النكاح اي للفضولي في البيع الفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه وليس للفضولي في النكاح ذلك يريد به انه ليس له الفسخ بالقول وله ان يفسخ بالفعل بان زوج رجلا امرأة برضاها قبل اجازة الزوج زوجه اختها كان نقضا للنكاح الاول **قوله** لانه معبر محض حيث لا يرجع الحقوق اليه اذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي **قوله** ثم الاجازة اجازة نقد اي اجازة ان ينقد الثمن من ماله **قوله** لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على اجازة من اشترى له اي اذا وجد نفقا او اما لو لم يجد نفقا على العاقد فانه يتوقف على اجازة من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور اذا اشترى بالغيرهما فانه يتوقف على الاجازة وهذا اذا اضاف العقد الى نفسه واما اذا اضاف العقد الى الذي اشتراه له نحو ان يقول للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال الآخر بعته وقبل المشتري هذا البيع منه لاجل فلان او يقول البائع بعته هذا العبد من فلان بكذا او قبل الآخر لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة ذلك الرجل واما اذا قال المشتري اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال البائع بعته منك هذا العبد بكذا لاجل فلان وقال المشتري اشتريت نفذا للشراء على نفسه ولا يتوقف وتحققه ان الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي بائعا مال الغير به مشتريا للعرض من وجه الشراء فلا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه بالتزامه (بخلاف)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاءه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك *

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالتق جائزا استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا يتق بدون الملك قال وم لا يتق فيما لا يملك ابن آدم والموتوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه

بخلاف البيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد فقلنا بالتوقف لم لا يتضرر الغير به فاذا اجاز المالك البيع بالعرض كان مجيزا نقد ما ملكه عوضا عما اشترى وصار الفضولي مستقرضا عن المالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقرضه يصح في ضمن الشراء وان كان لا يصح قصدا لانه يثبت مقتضى الشراء فيثبت بشروطه والشراء مشروع فيكون ما في ضمنه مشروعا ويرجع عليه المالك بمثله ان كان مثليا وبقيمته ان لم يكن مثليا واعتبار جانب الشراء احق من البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقد عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل *

قوله في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينارا وعرضا **قوله** فلا يجوز باجازه غيره فان قيل يشكل بالامة اذا تزوجت بغير اذن مولاهن مات المولى فانه ينفذ باجازه الوارث اذ لم يحل له وطئها قلنا الامة تصرفت باهليتها لانها باقية على اصل الحرية فيما هو من خواص الادمية والنكاح من خواصها وانما يوقف على اجازة المالك كيلا يتضرر المالك والوارث مالكا كالمورث ولم يثبت ملك بات ليطل الملك الموقوف **قوله** لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو بقاء المبيع فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وهما طرف البقاء اجم لان الاصل في كل موجود بقاءه ما لم يتيقن بالمزيل وهما لم يتيقن بالمزيل فكان باقيا عملا بالاصل قلنا اذ اك عمل باستصحاب الحال وهو يصلح حجة للدفع لالاثبات وهنا يحتاج الى نفاذ البيع وثبوت الملك (في)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نغذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لفائدة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه

في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجة فيه فكان هذا نظيراً استحقاق الشفعة بظاهر الملك للشفع بما في يده عند انكار المشتري ملكه حيث لا يكتفى به * **قوله** والمصحح للاعتاق الملك الكامل لتو له عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فان قيل الملك الناقص يكفي لصحة الاعتاق الا ترى انه لو اعتق المكاتب يصح والملك في المكاتب ناقص بدليل حرمة وطى المكاتب بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل والرق ناقص وفي المكاتب على العكس قلنا نعم كذلك الا ان الكتابة ينسخ في ضمن الاعتاق لما ان عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وانه لما رضي بالاعتاق بالبدل كان ارضى للاعتاق بدون البدل **قوله** ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان يعني ان الغاصب لو اعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند اداء الضمان فالولى ان لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانب **قوله** وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه اي المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا ترى ان الغاصب اذا ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه والمكاتب لو اذن يملك ان البيع لا الاعتاق وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان فينبغي ان لا يصح اعتاقه في فصل الاجازة ايضا **قوله** بتصرف مطلق احتراز عن البيع بشرط الخيار موضوع لفائدة الملك احتراز عن الغصب لان الغصب ليس بموضوع لفائدة الملك (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة يشب للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله

قوله فصار كاعتاق المشتري من الراهن والجامع اعتاق في بيع موقوف **قوله** لان الغصب غير موضوع لافادة الملك لكونه عدوا وانا محضا وانما يثبت الملك به ضرورة عند اداء الضمان كيلا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكما له بل هو يعرض ان يصير سببا عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك معدوما لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محلا مملوكا للمشتري فيلغوه هنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان يعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما ثبت هنا لضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها غير موجود في حق الاحكام التي يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك المضمون بداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب وان لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل البيع عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملك بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك ناقصا كملك المكاتب **قوله** وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة يثبت للبائع وهو المشتري من الغاصب ملك بات (وطروا)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

واما اذا ادعى الغاصب الضمان نفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رح وهو الاصح *

وطرأ الملك البات على الملك الموقوف يبطله وهذا المعنى فقهي وهو انه لا يتصور اجتماعهما اعني الملك البات والملك الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا باع الغاصب ثم ادعى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائز او ان طرأ الملك البات الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف قلنا ان ثبوت الملك للغاصب ضروري لان الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق ابطال ملك المشتري فان قيل الملك البات ليس بمانع للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفاً واولى ان لا يكون رافعاً لان المانع اسهل من الرفع قلنا المانع او الرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما ظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما فاذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي **قوله** واما اذا ادعى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه هذا جواب بطريق المانع لما ذكر محمد رحمه الله بقوله وكذا الاصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادعى الغاصب الضمان والمانع هو الاصح وفي المبسوط واما اذا اعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح انه ينفذ العتق ايضا هكذا ذكره هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى وبعد التسليم هناك يملك المشتري من جهة الغاصب والمستند للغاصب حكم المالك لاحقيقته ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه ولهذا لم ينفذ اعتاق الغاصب فكذا اعتاق من تلقى الملك من جهته وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد فلهذا نفذتقه (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد
ثم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعدول ان الملك
من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون
الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش
للمشتري بخلاف الاعناق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه

قوله فان قطعت يد العبد اي في يد المشتري من الغاصب وفي المبسوط وكل ما يحدث
للاجارية عند المشتري من ولد او كسب او ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند
اجازته ينفذ العقد ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع فان سبب الملك هو العقد
وان كان تاما في نفسه لكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع
ذلك بالاجازة يثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وذكر الامام قاضي خان رحمه الله واذا صححت الاجازة
كان القطع حاصلا في ملك المشتري فيكون الارش له ثم قال وهذا بخلاف ما اذا غصب
من آخر عبدا فقطعت يده وادى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الارش للغاصب وان ملك
المضمون عند اداء الضمان من وقت الغصب لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت
الملك في المضمون مستند المكان الضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل
اما البيع فسبب موضوع للملك فجاز ان يعمل في المتصل والمنفصل **قوله** بخلاف الاعناق
اي لا ينفذ اوراق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان
في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده يعني ان الخيار يمنع البيع
من كونه سببا للملك في الحال فلا يملك المحل اصلا اذا ملك انما يثبت بالسبب اما صفة
التوقف يجعل العقد كاملا مضاف الى ما بعد الاجازة وذلك لا يمنع كون العقد سببا في الحال
قوله ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه اي ان كان القطع قبل القبض (القبض)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

أوفيه شبهة عدم الملك **قال** فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرراً لا يفسخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عند هملانه لا يؤثر فيه الغرر *

قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وفدات بالموت وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البذل للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البذل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبذل فتحقق النوات

القبض لأن المبيع إذا لم يكن مقبوض المشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن * **قوله** أوفيه شبهة عدم الملك أي إذا كان القطع بعد القبض لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه **قوله** لما ذكرنا يعني أن الملك البات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله كما لو اشتراه الغاصب أو أتهبه يبطل بيعه بخلاف ما لو أدى الضمان بعد البيع حيث نذرت بعد أن بادء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئاً ولأن فيه غرراً لا يفسخ إذ نفذ هذا البيع معلق بنفاذ الأول ونفاذ الأول معلق بإجازة المالك وهو ربما يجيز العقد الأول وربما لا يجيز فإن أجاز نفذ العقد الثاني والا لا ينفذ فتعلق نفاذه بما فيه خطر فيمتنع الجواز بخلاف الاعتاق لاندلا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعتاق المبيع قبل القبض ويبعد لا يجوز لأن فيه غرراً لا يفسخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبين أنه مال الغير على أنه روي عن الشيخين رحمه الله أنه يتوقف البيع كما يتوقف العتق فإن قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أي هذا لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما ويحتمل أن لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوف قلنا صح بيع الفضولي موتاً لما ذكرنا أن فيه نفعاً للمالك حيث يكفي مؤنة طلب المشتري إلى آخره فرجحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موتاً ومثل هذا النفع لا يوجد في البيع الثاني لأنه لم يحك المشتري الأول حتى يطلب مشترياً فتجرب البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثبت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

قال ومن باع عبدا غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذا اقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار والمشتري ان يسأعه على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلماذا شرط طلب المشتري الرد قال رح وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري *

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخره وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسببته في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب *

قوله بخلاف البيع الصحيح فانه اذا باع عبدا يبيعا صحيحا تم قتل في يد البائع لا ينفسخ العقد لثبوت الملك عند القتل فامكن ايجاب البدل له فيعده المبيع قائما بقيام خلفه **قوله** وان اقر البائع بذلك عند القاضي انما قيد بقوله عند القاضي لان اقراره انما يثبت عند القاضي اذا اقر عنده لانه لا يسمع البينة عليه للتناقض في الدعوى **قوله** وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ذكر محمد رحمه الله في الزيادات رجل اشترى جارية بالف درهم وقبضها وبعد الثمن ثم اقام البينة على اقرار البائع ان الجارية لفلان وفلان يدعيها قبلت بينته ولا فرق بينهما سوى ان البائع هنا اصيل وهناك وكيل وفرقوا ان العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة (1)

(كتاب البيوع باب السلم)

* باب السلم *

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة فقد قال ابن عباس رضي
اشهد ان الله تعالى احل

الزيادات لوجود شرطه وفي مسئلة الجامع الصغير لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم
شرطه وقال بعض مشائخنا انما اختلفت الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع الجامع الصغير
فيما اذا اقام بينة على اقرار البائع قبل البيع واقدامه على الشراء ينفي اقرار البائع
قبل البيع انه للمستحق فصار متناقضا والمتناقض لا يصح دعواه ولا يسمع بينته وموضوع الزيادات
فيما اذا اقام بينة على اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق واقدامه على الشراء لا ينفي
اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته والله اعلم

* باب السلم *

هو اخذ عاجل بأجل واخص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل
احد البدلين وتاجيل الآخر وقيل السلم والسلف بمعنى ويسمى هذا العقد به لكونه معجلا
على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون عادة
بما ليس بسوجود في ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمي سلما وسلفا وهو مشروع بالكتاب
فقد قال ابن عباس رضي اشهد ان الله تعالى احل السلم المرءل وانزل فيه اية وتلا قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا ابتدأتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه والسنة وهو قوله عليه السلام
ورخص في السلم واجماع الامم والقياس يأبى جواز ذلك لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبمع
موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم احق ولكننا تركناه لانهما ذكرنا
ويصح بلفظ البيع بان يقول اشتريت منك كبر بصفته كذا بكذا الى كذا على ان توفيه في مكان
كذا وقال زفر رحمه الله لا يصح لانه عقد خاص يثبت بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يعدل منه ولنا
ان كل واحد منهما تمليك مال بمال والبيع اسم جنس فاصيب به كما يصاب زيد باسم جنسه (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

السلف المضمون وانزل فيها طول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا
اذ اتداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روي انه عم نهى
عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان ياباه ولكنا تركناه
بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذا لم يبيع هو المسلم فيه *

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها اثمان
والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد
بيعا بضمن مؤجل تحصيل المقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني
والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك *

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها ليرتفع
الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان
العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير
فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده

قوله والسلف المضمون اي السلم الواجب في الذمة وهو صفة مقرونة لاممينة كما في قوله تعالى
يحكم بها النبيون الذين اسلموا ولا طائر يظير جناحيه وقوله عليه السلام ما بقتة الغرائض
فلا ولي رجل ذكر **قوله** ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بضمن مؤجل هذا الاختلاف
فيما اذا اسلم الحنطة او غير ذلك من العروض في الدراهم او الدنانير قال عيسى بن ابان
رحمه الله يكون عقدا باطلا وكان ابو بكر الاعمش رحمه الله يقول ينعقد بيعا بضمن مؤجل
اما لو كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع
قوله ولا يمكن لان الدراهم والدنانير قط لا يكون مبيعا لانهما خلقتا ثمنا والمسلم فيه مبيع
قوله وكذا في المذروعات نحو الثياب والبسط والحصر والبوارى فان قيل ينبغي ان لا يجوز (ا)

(كتاب البيوع باب السلم)

تفاوتا فحشا وتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا بجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وقارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا

السلم في المذروعات لان السلم يثبت بخلاف القياس لانه بيع المعدوم والنص ورد في الكيلي والوزني وهو قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم قلنا يلحق المذروعات بهما بدلالة النص لما ان قوله عليه السلام فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم انما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار مكان التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه والتسوية كما يتحقق بالكيل كذلك يتحقق بالذرع فيجوز السلم في المذروعات بطريق الدلالة فان قيل انما يجوز العمل بدلالة النص اذا لم يعارضه عبارة النص وههنا عبارة قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك ينفي الجاق المذروع قلنا العام من الكتاب اذا خص لا يبقى الباقي حجة عند الحسن فكيف في السنة وعلى القول المختار وان بقي حجة لكن مرتبة دون ميرتبة القياس وخبر الواحد بدليل جواز التخصيص بالقياس وخبر الواحد ولا شك ان دلالة النص اقوى من القياس وخبر الواحد حتى وجب اثبات الحدود والكفارات بالدلالة ولم يثبت شيء من ذلك بالقياس وخبر الواحد وذكر في الايضاح وانما جوزنا السلم في الثياب استحسانا لانهما مصنوع العبد والعبد يصنع بالآلة واذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الاقليل تفاوت قد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات الا ترى ان الاب لو باع بغين يسير كان متحلا ولو استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح لا يجوز لانها ائمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل * ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا ان بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير *

قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عدي متفاوت لا مقدولها

قوله وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانها ائمان وهذا الخلاف مبني على الخلاف في بيع الفلاس بالفلسين باعيانهما ومن المشائخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رح بين السلم والبيع والفرق ان من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعا واقدا مهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد ثمنا اما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثنيا فان بيع الاثمان كبيع الدراهم بالدارهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلا يتضمن ائدا مهما على البيع ابطالا

لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان فلا يجوز بيع الواحد بالاثنتين **قوله** ببيان الجنس نحو الابل والسن نحو الجذع ثني والنوع نحو البختي والعربي والصفة نحو السمين والهزيل بان يقول بعير بختي بنت مخاض جيد او عبد تركي ابن عشرين سنة جيد **قوله** حتى العصافير جواب سوال بان يقال السلم في الحيوان انما لا يصح لتفاوت يعتبره

الناس فيه والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم فينبغي ان يصح السلم فيها فاجاب بان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان **قوله** ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها فالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع (معتبر)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا في الجلود عدد ولا في الحطب حزم ولا في الرطبة جرز اللقاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزم ثدانه شبرا وذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت *
قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوده ولما قولدهم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولا ان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لينتمكن من التحصيل *

معتبر فيما بين الناس بما كسبون فيه ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه *

قوله ولا في الجلود عدد اي في جلود الابل والبقر والغنم الا اذا بين الطول والعرض والصفة وقال مالك رحمه الله يصح السلم في رؤس الحيوان وجلود عدد القلة التقاوت
قوله ولا في الحطب حزم او اوقار الان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك فهو جائز كذا في المبسوط **قوله** ولا في الرطبة جرز ابتقديم الرء المهمة على الزاء المعجمة وهو القبض من القت ونحوه او الحزمة لانها قطعة من الجرز وهو النقطع ومنها قولهم باع القت جرزا وما سواه تصحيف كذا في المغرب واما الجزز بكسر الجيم والزائين المعجمين جمع الجزرة وهي الصوف المجزوز وهذا ليس بموضعه **قوله** اذا كان على وجه لا يتفاوت اي بالشد نحو العصا اما اذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لافضائه الى المنازعة **قوله** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل هذه المسئلة على وجوه اربعة ان كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن ايدي الناس عند حلول الاجل لا يصح اتفاقا وان كان منقطعا وقت العقد موجودا في ايدي الناس عند المحل او كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما لا يصح عندنا خلافا للشافعي رح وان كان موجودا من وقت العقد الى وقت المحل يصح (اتفاقا)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجودة لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كما باق المبيع قبل القبض * **قال** ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضره معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع * ولا يجوز السلم فيه عدد التناوت * ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضره معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع بجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عدد لما ذكرنا ومن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند * **قال** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقال اذا وصف من اللحم موضعها معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف

اتفاقا وحدا لا نقطاع هو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت كذا في الذخيرة ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها الحديث دل على ان القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد اذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله حتى يبدو صلاحها فائدة وعلى ان الوجود معتبر من حين العقد الى حين المحل * **قوله** ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار وقال زفر رح يبطل العقد ويسترد رأس المال **قوله** للعجز عن تسليمه فصار كما لو هلك المبيع في بيع العين **قوله** والعجز الطارئ على شرف الزوال بان يصبر الى ان يوجد وبه فارق الهلاك فالمعقود عليه في البيع عين ثم فاته اصلا وفي السلم المعقود عليه دين في الذمة وهو باق لبقاء الذمة **قوله** وقال اذا وصف من اللحم موضعها معلوما بصفة معلومة جاز وفي الذخيرة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح ان ابي الحسن بن علي قال شاة او بقرة وبين السن بان قال جذع او ثني وبين النوع بان قال خضري او فحل وبين صفة اللحم بان قال سمين او مهزول وبين الموضع بان قال من الجنب مثلا وبين القدر بان قال عشرة امناء فالجهالة تنعدم بهذه الاشياء * (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور
لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمته وهزاله
على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على
الوجه الثاني وهو الاصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل
من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به وفي وقته اما الوصف فلا يكتفى به *
قال ولا يجوز السلم الا موجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم

قوله ولهذا يضمن بالمثل اي عند الاتلاف ايضاح لقوله موزون مضبوط الوصف
وكذا قوله ويصح استقراضه وزنا لان الاستقراض لا يصح الا في المثليات ويجري
فيه ربوا الفضل لعللة الوزن والوزن وضع لتقدير المثليات فكان مضبوطا فيصح
السلم فيه كما في الآية والشحم **قوله** بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع
منه اي من لحم الطيور لان مضوجنس الطير قليل ولا يشترى لحم العضو عادة
قوله او في سمته وهزاله وللسمن والهزال درجات متفاوتة فلا يضبط المالمية بذكرهما
قوله وهو الاصح لجواز ان يكون معلولا بعلمتين فعدم احدهما لا يدل على عدم الجواز
قوله وكذا الاستقراض اي ممنوع ايضا لئن سلم فالمثل اعدل من القيمة لانه يماثلته صورة ومعنى
والقيمة لا يماثلته صورة والموجب الاصلي رد العين فيهما والمثل اقرب الى العين فكان اعدل
منها ولان القبض محسوس معاين في القرض فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول
والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل
قوله ولا يجوز السلم الا موجلا وقال الشافعي رح يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم
فمن اصل الشافعي رح حمل المطلق على المقيد وهنالحم يحمل مطلق قوله عليه السلام
ورخص في السلم على المقيد من قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم فقال انما تركت اصلي لاني وجدت الاصول (متعارضة)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولنا قوله م الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المغاليس فلا بد من الاجل ليقد ر على التحصيل فيه فيسلم

متعارضة حيث وجدت المبيع غير مؤجل والكتابة مؤجلة على اصلي وهذا دأبه كما يقول تركت اصلي في كفارة اليمين لاني وجدت الاصول متعارضة فان صوم المتعة مشروع بصفة التفرق وصوم الظهار مشروع بصفة التتابع فتركت صوم كفارة اليمين مطلقا على حاله ان شاء فرق كما في صوم المتعة وان شاء تابع كما في الظهار ومن اصل علمائنا راح انه لا يحمل المطلق على المقيد اذا امكن العمل بهما فاما اذا لم يمكن كما في النصين في صوم كفارة اليمين عملنا بالتتابع بطريق الزيادة وهنا لما ورد الاطلاق والتقييد في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر الاجل وعدم الجواز عند تركه وكان التقييد بشرط الاجل وصفا زائدا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل بهما فعملنا بالزيادة لا على طريق حمل المطلق على المقيد احتج الشافعي رح في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد انبت في السلم رخصة مطلقة فاشترط التاجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفيها لا شرطا كالبيع والاجارة ولان الظاهر من حال العاقل انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فكان الظاهر انه يقدر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد ولئن لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم ولهذا اوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم او اقبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة قال فاني لا اجوز الكتابة الحادثة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء فلا يكون قادرا على تسليم البدل وبما يدخل في ملكه لا يقدر على التحصيل الابدية فلهذا لا اجوزة الا مؤجلا وحجتنا فيه قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان ان الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من اراد الصلوة فليتوضأ لان (يكون)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولو كان قادراً على التسليم ولم يوجد المرخص فبقي على المئاني *
قال ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا ولا ن الجهالة فيه مفضية الى المنازعة
كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول
اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره
لانديتاً خريفه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة

يكون المراد انه اذا اسلم مؤجلاً ينبغي ان يكون الاجل معلوماً وقال صاحب الاسرار فيه
وظاهرة تحريم السلم على من اراد الا بهذه الاوصاف كمن قال لاخر من دخل داري
فليدخل غاض البصرو من كلمني فليكنم بالصواب فتقييد المطلق في حديث الرخصة
بهذا وفيه اشكال لانه لا يقتضي انحصار ما جاز من السلم في المذكور في الحديث اذا السلم
صح في المذكور والمعدود فكان الحديث ساكتاً عن بيان السلم الحال وما رواه ناطق فصيح
ويمكن ان يقال ان الاصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه
الامؤجلاً وما روي حكاية حال لا عموم له وقد اراد به السلم المؤجل اجماعاً فلم يرد غيره لئلا يعم *
قوله ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فان قيل الرخصة ثابتة في حق
من قدر على التسليم وفي حق من لم يقدر ولو كانت شرعية دفعت الحاجة المفاليس
لاختصاص بحالة الافلاس قلنا شرعية لدفع حاجة المفاليس والافلاس امر باطن لا يمكن
الوقوف على حقيقته والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة فبنى على السبب
الظاهر الدال على الحاجة ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل الحاجة ونظيره
اقامة السفر مقام المشقة واقامة النكاح مقام الماء في النسب **قوله** فبقي على المئاني وهو
قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والاجل أدناه شهر وهو الاصح وعليه الفتوى لان من حلف
ليقتضيه دينه عاجلاً ففضاه قبل تمام الشهر يرفأ اذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما
فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام كالاجل في شرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل (ما)

(كتاب البيوع باب السلم)

وقدم من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسط كالقصاص مثلاً فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف رح **قال** ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار **ع**م حيث قال ارايت لو اذهب الله تعالى التمر بمن يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لابس به على ما قالوا كالخشمرا نبي بخارا والبساخي بفرغانة **قال** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او نخسية وصفة معلومة كقولنا جيدة او رديئة ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف وكذا وزناً و اجل معلوم .

ما قبض في المجلس والمؤجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما اكثر من نصف يوم عادة **قوله** وقد مر من قبل اي في اول كتاب البيوع **قوله** مما ينكبس بالكبس اي يمتلي جدا اذا بولغ في ملأه **قوله** واليه اشار النبي عليه السلام حيث قال ارايت اي اخبرني لو اذهب الله التمر بمن يستحل احدكم مال اخيه يعني به رأس المال قاله حين سئل عن السلم في تمر حائط **قوله** ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لابس به على ما قالوا اي لبيان ان صفة الحنطة المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية وفي المبسوط واذا اسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع عن ايدي الناس فلا خصومة فيه كما لو اسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما مرادة قرية من القرى تسمى هراة وطعام تلك القرية يتوهم ان تصيبها آفة لها اما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو السلم في طعام العراق والشام سواء وان اسلم في ثوب هروي فلا بأس به ومن اصحابنا من يقول بان الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالجرا د قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حوكة هراة وهذا ضعيف فالوباء قد يستأصل حوكة هراة ولكن المعنى الصحيح في الفرق ان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي (ما)

(كتاب البيوع باب السلم)

والأصل فيه ماروينا والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقدارة كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل وموئنه وقال لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فان مسئلتان لهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة

ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او غيرها يسمى هرويا بمنزلة الزندنجي والوذاري والى هذا اشار في الكتاب فقال الثوب الهروي من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعني بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة الهراة ما تنبت بارض هراة حتى ان النابت في موضع آخر لا تنسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيينا للمكان وذلك بنوهم انقطاعه قال مشائخنا ان نسب الى موضع يعلم ان مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد ايضا كالخشمراي ببخارا فانه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختص به ما ينبت بتلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة السقي ما يسقي سحبا فعيل بمعنى مفعول والبخسي بخلافه منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء *

قوله والأصل فيه ماروينا هو قوله عليه السلام من اسلم منكم الى آخره والفقه ما بينا وهو قوله ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة **قوله** ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقدارة احتريزه مما اذا كان رأس المال ثوبالان الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقدارة واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فجهالة قدر الذرعان بمقابلة المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد * (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلولا يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كما لتحقيق لشرعه مع المنان في بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا سلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما

قوله فأشبه الثمن بأن يقول اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها والأجرة بأن يقول استأجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها **قوله** وصار كالثوب بأن يقول أسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر الذرعان **قوله** فلولا يعلم قدره لا يدري في كم بقي فإن قيل في هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أكثر وذلك لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة واحتمال لأنه يحتمل أن لا يجد زيوفاً وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها قلنا هذه شبهة واحدة لأن كلا منها مبني على وجود زيوفاً فكانت شبهة واحدة فيعتبر والموهوم في هذا العقد كما لتحقيق لشرعه مع المنان في هو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأنه يبيع المعدوم ألا ترى أنه عليه السلام كيف اعتبر الهلاك الموهوم في تمر حائط بعينه وكيف اعتبر توهم الهلاك في مكيال رجل بعينه **قوله** ومن فروعه إذا سلم في جنسين أي من ثروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال إذا سلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما بأن أسلم مائة درهم في كبرو كر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما لا يصح عندها يحنيفة ربح لأن إعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالخزروا الظن فلا يكون قدر رأس مال كل واحد منهما معلوماً حتى لو كانا من جنس واحد يصح لأن رأس المال ينقسم عليهما على السواء أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير في كبرو كر وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده لأن إعلام قدر رأس المال شرط عنده فإذا لم يعلم (أحدهما)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولهذا في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولا بد لاي زاحمه مكان آخر فيه

احد هما بطل العقد في حصته فيبطل في حصة الآخر لجهالة حصة الآخر ولا تحاد الصفقة
قوله ولهما في الثانية اي في المسئلة الثانية وهي بيان مكان الايفاء لا يحتاج
اليه عندهما واكن اذا شرطه صح وان لم بشرطه يتعين مكان العقد للتسليم لوجود
العقد فيه اولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه اي في كونه مكان العقد فان قيل لو تعين
مكان العقد لفسد بيان مكان آخر كما في بيع العين فانه لو اشترى كره حنطة وشرط
علي البائع الحمل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراه في المصر او خارج المصر اشتراه
بجنسه او بخلاف جنسه والمسئلة في الذخيرة فلما عين مكانا آخر بالنص صار اولى من مكان
العقد الذي كنا نعينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص غير ان هذا الشرط يفسد
بيع العين لان المشتري يملك العين بالشراء فاذا شرط عليه حملا زائدا فقد اشترط عليه
عملا في ملكه مع ما اشترى العين منه ثم سمي الثمن بازاء ذلك كله فصار ما يقابل الحمل
اجارة فيصير صفقة في صفقة فيفسد بالشرط الفاسد ورب السلم لا يملكه عينا قبل القبض فيكون
النقل الى مكان آخر عملا من البائع في مال نفسه فلا يصير مواجرا لغيره فلا يصير هذا الشرط
صفقة في صفقة فلا يصير فاسدا وفي الفوائد الظهيرية فان قيل لم قلتم بان في البيع يتعين مكان
البيع مكانا للتسليم والدليل على ان لا يتعين ما روي عن محمد ربح في رجل باع طعاما والطعام
في السواد فان كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع
مكانا للتسليم لما كان له الخيار فلما كان البيع يتعين مكانا للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم
حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه وانه حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفي بيع العين
اذا كان المبيع حاضرا في مكان البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غائبا يستحق تسليمه في المكان
الذي استحق تسليم الثمن وفي السلم يستحق تسليم رأس المال في مكان العقد فليستحق
تسليم ما يقابل في ذلك المكان ايضا تسوية بينهما بقدر الوسع والامكان (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولا يحنيفه ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشائخ انه ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكس ذلك ان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتهما اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل وموئنه وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رة وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة **للايفاء قال** وما لم يكن له حمل وموئنه لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لان ذلك يختلف قيمته ويؤ فيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه روايه الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات ان يؤ فيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل وموئنه يكتفى به لانه مع تباین اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا *

قوله فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر يعني مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير اول وقت الصلوة لنفس الوجوب من حيث انه كما لم يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ماسيأتي من الزمان ويحتمل ان يراد مكان العقد يصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة على قول الكرخي رح **قوله** فصار كالقرض والغصب فان التسليم فيهما يجب في مكان تحقق القرض والغصب **قوله** لا يحنيفه رح ان التسليم غير واجب في الحال اي في السلم وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا يدري انه في اي مكان يكون ثم قال ارأيت لو عقدنا عقد السلم في السفينة في لجة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل وهذا مما لا يقوله عاقل **قوله** وصار كجهالة الوصف يعني باختلاف الصفة يختلف القيم فكذلك باختلاف الامكنة يختلف القيم فصار جهالة مكان التسليم كجهالة الصفة **قوله** وعن هذا اي وعن اختلاف القيم باختلاف المكان كما في الصفة (١)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عن الكالعي بالكالعي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بأجل اذا لاسلام والاسلاف ينبتان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولا نداء بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسلم

اي الاختلاف في صفة الثمن او المثلن يوجب التحالف وفي كتاب الدعوى الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في التقدير في حق جريان التحالف وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده وعندهما يوجب لان تعيين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فيجب ان يكون هنا كذلك وعند ابي حنيفة رحمه الله تعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا ههنا وعلى هذا الخلاف الثمن الموجل بان باع عبد ابرموصوف في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الايفاء للبرعنده في الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاجرة بان استاجردارا اود ابته بماله حمل ومؤنة دين في الذمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بان اقتسما دارا او شرط احدهما على صاحبه شيئا ماله حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء في نصيبه فعنده يشترط بيان مكان الايفاء لصحة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان القسمة للايفاء وماله يمكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع وقيل ماله حمل ومؤنة هو ما يكون بحال لو امرنا اننا نحمله الى مجلس القضاء لا يحمله مجانا وقيل هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة وقيل ما يحتاج في نقله الى المؤنة كالحنطة والشعير وما لا يحتاج فيه اليها فهو مالا مؤنة له كالمسك والكافور *

قوله وان كان عينا كالثوب والحيوان فلان السلم اخذ عاجل بأجل فيشترط كون احد البديلين فيه معجلا كما يشترط ان يكون الاجر مؤجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم (لغة)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما ولا احد هما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لفرقة وقد مر نظيرة وجملة الشروط وجمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله * فان اسلم مائتي درهم في كرحنطة

لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود يثبت احكامها بمقتضيات اساسياتها لغة فكان ينبغي ان يشترط اقتران القبض بالعقد فانه اتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرا كما في عقد الصرف وقال مالك رحمه الله يجوز عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما او يومين بعد ان لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا * **قوله** ولهذا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط ايضا ح لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم رأس المال لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا وجد مستحقا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض حتى لو افتراقا بعد القبض ثم اجاز المالك صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لأن امتناع الملك ليس بقضية السبب فان السبب وجد مطلقا لا مانع فيه وانما امتنع الملك لتعلق حق ثالث فاذا اجاز المالك التحقت الاجازة بحالة العقد وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه لا يفيد اذا فاءته الرد والمسلم فيه دين في الذمة فاذا ارد المقبوض عاد دينا كما كان بخلاف الاستصناع لانه مبيع عين فبرده ينفسخ العقد فكان مفيد اولان اعلام الدين بذكر الصفة اذا لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف على الاستقصاء في المسلم فيه مقام الرؤية **قوله** وقد مر نظيرة وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل **قوله** اعلام رأس المال اي قدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود واعلام المسلم فيه قدرا (و)

(كتاب البيوع باب السلم)

مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فاسلم في حصة الدين باطل لغوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينقد صحيحا

وجنسا وصفة والقدرة على تحصيله بان كان موجودا من حين العقد الى حين المحل * **قوله** مائة منها دين على المسلم اليه انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد مائتان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للعقد فاجب فساد الكل **قوله** ولا يشيع الفساد وهذا الاشكال على قولهما لان الفساد اذا تمكن في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله فمشكل لانه اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر ايضا عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطا لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورة الا ان هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ لان قبض رأس المال في المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في ذاته فقد وقع صحيحا فلهذا المعنى افتراقا وقيل هذا اذا اسلم مائتين مطلقا ثم تقاضا المائة بما عليه فاما اذا قال اسلمت المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عندها ببيح خفيفة رح لان حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطا في الباقي فيبطل الجميع والصحيح ان الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل ما ذكرتم منتقض بمسائل ثلث احد بها ان الرجل اذا قال ان بعث هذا العبد بهذا الكر وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة فباعه بهما بحث ويلزمه التصديق بالكر والدراهم وهذا آية تعين النقود في العقود والثانية ان الرجل اذا باع دينارا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبا فالبيع فاسد الثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين (فالبيع)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلم فيه من تقويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شيئا بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله

فالباع فاسد ولو كان الاطلاق والتقيد سواءً لجاز العقد ان وملاحظ في المسئلة الاولى قلنا اما الاولى
فنحن ندعي ان النقود لا تتعين في العقود استحقاقا لاجواز فلا يلزم لانها تتعين جواز فلذلك حث
ولزمه التصديق بها واما الثالثة فلان البيع انما لم يجز لمكان التهازل بالبيع لان هذا بيع بلائمن
فيكون منه ماته ازالا به وهي تتعين في حق الجواز وهكذا نقول في المسئلة الثانية لانتقاص الصرف
باختلاف المجلس بالاشتغال بالعقد الاخر فيتحقق البيع بلائمن فيمنع الجواز باعتبار التهازل *

قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال الى قوله ولا يجوز الشركة والتولية وصورة الشركة ان يقول رب السلم لا خرا عطني نصف رأس المال حتى تكون شريكا في المسلم فيه وصورة التولية ان يقول رب السلم لا خرا عطني مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وانه بيع بعض المبيع قبل القبض او بيع كله فان قيل فاي فائدة في تخصيص الشركة والتولية بعد ما ذكرنا لا عم منهما وهو قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض قلنا ان احد الا يشترى المسلم فيه مرابحة لكونه ديننا ولا وصيعة لكونها ضررا ظاهرا وانما يشترى به بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة في كله وهو التولية او في بعضه وهو الشركة ولذلك خصهما بالذكر لتصور التصرف فيهما من هذا الوجه **قوله** لا تأخذ الاسلامك اي المسلم فيه حال بقاء العقد او رأس مالك اي عند الفسخ **قوله** وهذا لان الا قاله بيع جديد في حق الثالث وهو حق الشرع وهو حرمة الاستبدال هنا وهذا التعليل (ليبان)

(كتاب البيوع باب السلم)

الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف
زفر ربح والحجة عليه ما ذكرناه *

قال ومن اسلم في كرحضة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا او امر رب السلم
بقبضه قضاء لم يكن قضاء عليه وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكاله له ثم اكاله لنفسه جاز

ليان ان رأس المال اخذ شبهها بالمبيع وهو ان الاقالة في حق غير المتعاقدين كعقد مبتدأ
وحرمة الاستبدال غيرهما وجانب المسلم فيه لا يحتمل العقد المبتدأ اذ لا يمكن جعل
المسلم فيه مبيعا لانه دين يسقط والسلم يثبت الدين وجانب رأس المال يحتمله فجعل رأس المال
مبيعا لانه دين يثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال برأس المال ضرورة *

قوله الا انه لا يجب قبضه في المجلس اي الا ان رأس المال لا يجب قبضه بعد الاقالة في مجلس
الاقالة هذا الاستثناء لجواب شبهة وهي انه لما ذكر ان الاقالة بمنزلة بيع جديد كانت اقالة
بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفي بيع السلم كان قبض رأس المال في مجلس البيع شرطا فيجب
ان يكون قبض رأس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة شرطا فاجاب عنه بهذا وقال لا يشترط
قبض رأس المال في مجلس الاقالة وان كان يشترط قبضه في عقد السلم لان ذلك بيع
من كل وجه في حق الكل وهذا فسخ في حق المتعاقدين وليس من ضرورة اشتراط القبض
في البيع من كل وجه اشتراط القبض في البيع من وجه دون وجه وذلك لان اشتراط القبض
في الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع
الكالئ بالكالئ فلا يشترط القبض **قوله** وفيه خلاف زفر رحمه الله فانه قال يجوز التصرف
في رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لانهما لما تقايلا السلم وجبت الدراهم دينيا في الذمة
فلا يكون استبدال رأس المال كما في عقد الصرف بعد الاقالة ولان حرمة الاستبدال لوجوب
القبض في المجلس ولا يجب قبض رأس المال في مجلس الاقالة قلنا القياس جواز التصرف
فيه قبل القبض الا ان القياس تركناه في السلم لما روينا ولما ذكرنا من المعقول (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مرّ والسلم وان كان سابقا لכן قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكرجاز لان القرض اعادة ولهذا ينعتد بلفظ الاعارة فكان المراد عين الماخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان

قال ومن اسلم في كرفا مررب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين نصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا لينزها المديون فيه لم يصرف قبضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قبضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن

قوله لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل صفقة جرت بين المسلم اليه وبالسلم **قوله** وهذا هو محمل الحديث على ما مرّ وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المراجعة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين **قوله** والسلم وان كان سابقا لכן قبض المسلم فيه لاحق جواب سؤال وهو ان يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي فاجاب ان السلم وان كان سابقا لقبض المسلم فيه لاحق وللقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكا نهما جديدا ذلك العقد على المقبوض فيتحقق البيع بعد الشراء وهذا لان العقد تناول دينافي ذمته والمقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وان جعل المقبوض عين ما تناوله العقد في حكم عقد خاص وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان استبدال المسلم فيه وهو حرام واما فيما وراه فهو غيره حقيقة فصار بائعا ما اشترى مكايلة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لانه اعادة حتى ينعتد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا ولا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة (فلم)

(كتاب البيوع باب السلم)

كان الطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشري للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشري من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشري في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشري ان يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا اما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيه ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا

فلم يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كيل واحد للمشتري بحق الوكالة والدليل على ان للقبض في باب السلم حكم عقد جديد ما قال في الزيادات لو اسلم الى اجل مائة درهم في كرحنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرحنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذا لك اذا جعل عند القبض كانهما جدد والعقد عليه *

قوله كان الطحن في السلم للمسلم اليه ولا يكون لرب السلم ان يأخذ لانه حينئذ يصير مستبدلا **قوله** ويتقرر الثمن عليه لما قلنا اي ان الامر قد صح حيث صادف ملكه فان قيل في فصل الشراء ينبغي ان لا يصح الامر ايضا في حق ثبوت القبض لان البائع لا يصلح وكيل عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصالح يصح قلنا امره بالطحن لا بالقبض وانما يثبت القبض حكما و جاز ان يثبت الشيء حكما وان كان لا يثبت قصدا **قوله** ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشري في الصحيح احتراز عما قيل بانه لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ضاع البائع وصاع المشتري **قوله** لانه نائب عندي لان البائع نائب عن المشتري في الكيل **قوله** والقبض بالوقوع في غرائر المشتري اي القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري كان هذا جواب اشكال بان يقال ان البائع مسلم فكيف يكون متسلما وقابضا (لان)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثلثه يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصير قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مرادة البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لان البائع صار وكيل في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغرائر للبائع روي عن محمد رح انه لا يصير قابضا * **قوله** ولو اجتمع العين والدين بان اشترى كرا حنطة واسلم ايضا في كرا حنطة فالمسلم فيه دين والمشتري عين **قوله** وبمثلثه يصير قابضا لان القبض تارة بيده او بتخليته منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل اليس ان الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستاجر وهو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصير قابضا هنا باعتبار قلنا المعقود عليه ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصير به قابضا **قوله** وهذا الخلط غير مرضي جواب سوال ذكر في القوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فينبغي ان لا ينتقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم قلت بانه حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر قابضا حصل باذنه وهو اذ ابدأ بالعين وقال الامام قاضي خان رحمه الله وفي قول ابي يوسف رحمه الله اذا كال الدين اولا ثم كال العين بعدة صار قابضا للدين ضرورة اتصاله بملكه حكما لو كال العين اولا ثم كال الدين وعند محمد رحمه الله ان كال العين اولا يصير قابضا لهما وان كال الدين اولا يصير قابضا للعين دون الدين (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ومن اسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جازلان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه

قوله ومن اسلم جارية في كرحنطة الاصل في جنس هذه المسائل ان في بيع المتابضة وهو بيع ما يتعين بما يتعين هلاك احدهما لا يمنع ابتداء الاقالة ولا بقاءها وهلاكهما يمنع الاقالة ابتداءً وبقاءً والمعنى في ذلك ان الاقالة صحتها بقيام العقد لانها فسخ العقد وفسخ العقد بدون العقد لا يكون وفي المتابضة العقد قائم بقيام احدا العوضين لان قيام العقد عند قيامهما لان احدهما لا يتعين لاضافة القيام اليه واذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك احدهما لما عرفت ان الثابت بالشئيين لا يزول بزوال احدهما فيكون قائما بقيام احدهما فيصح الاقالة وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين لان ما يتعين لضرب مزينة على ما لا يتعين لان ما يتعين مال حقيقة وحكما وما لا يتعين مال حكما لا حقيقة لانه دين ولهذا قال مالي في المساكين صدقة ولديون على ملي او مفلس لا يدخل واذا كان ما يتعين مخصوصا بضرب مزينة على ما لا يتعين لا بد من ابانة هذه المزينة ولا يمكن ابانتها حال الانعقاد لا فتقار الانعقاد اليهما فيجب ابانتهما حال البقاء فبقينا العقد ببقائه فصحت الاقالة باعتبار بقاءه ابتداءً وبقاءً وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو الصرف يصح الاقالة وان هلك او هلك احدهما لان انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداءً فكذا في الانفساخ بقاء لان قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد ولا يقال بان وجوبهما في الذمة قد بطل بالقضاء لان الديون تقضى بامثالها فكان كل واحد من البدلين قائما في الذمة بعد انتفاء ولهذا صح الخط والبراء بعد القضاء **قوله** فماتت في يد المشتري اي المسلم اليه وانما سماه مشتريا نظرا الى اشتراؤه الجارية بالحنطة التي هي دين فكانت الجارية هي المبيعة من كل وجه (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

انفسخ في التجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية
بالف درهم ثم تقايل فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايل بعد موتها فالاقالة باطلة
لان المعقود عليه في البيع انما هو التجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء
فلا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد
هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه **قال** ومن اسلم الى رجل دراهم في كرخطة
فقال المسلم اليه شرطت رد يا وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم اليه
لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه ير بوعلى رأس المال في العادة

قوله انفسخ في التجارية تبعا يعني لانفساخ العقد في المسلم فيه وان لم يصح الفسخ في التجارية
بعد هلاكها تصد الما عرف ان ما ثبت ضمنا وتبع الشيء لا يعطى له حكم نفسه فيجب رد قيمتها
والقول في القيمة قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم فان قيل ينبغي ان لا يصح
الاقالة بعد هلاك التجارية لان التجارية بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب
قيمتها دينا في الذمة والمسلم فيه ايضا قد سقط بالاقالة فصارت بمنزلة هلاك العوضين في المقايضة
وذلك يمنع الاقالة هناك فكذا هنا وذلك انه اذا هلك احد العوضين في المقايضة
ثم تقايل ثم هلك الآخر بطل الاقالة قلنا في المقايضة الرد واجب بعد الاقالة وذلك المبيع
قبل القبض يوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة التجارية مقام التجارية فلم يكن رد عين
التجارية واجبا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام التجارية فصارت بمنزلة بقاء احد العوضين في بيع المقايضة
فهناك يصح الاقالة فيه فكذا هنا **قوله** لان رب السلم متعنت المراد من المتعنت شرعا من ينكر
ما ينفعه والمخاصم من ينكر ما يضره **قوله** لان المسلم فيه ير بوعلى رأس المال في العادة فان قيل لان السلم
بل رأس المال خير وان قل لكونه نقدا والمسلم فيه وان جل فهو نسيئة قلنا نعم كذلك الا انه متروك
هنا بالعرف والعادة فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم وما ذلك الا لفائدة زائدة
رأوها فيه وكان فيه الغاء مزية النقدية بمقابلة زيادة فائدة رأوها في المسلم فيه مع كونه نسيئة (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكروا أن أنكر الصحة وسقروا من بعده أن شاء الله تعالى * ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقاً وهو الأجل والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الأ عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهر بخلاف مسألة المضاربة

قوله وفي عكسه يعني يدعي رب السلم بيان الوصف والمسلم إليه ينكر **قوله** وسقروا من بعده وهو قوله بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه إلى آخره **قوله** والفساد لعدم الأجل غير متيقن هذا جواب اشكال وهو أن يقال إن المسلم إليه غير متعنت في إنكاره الأجل لأنه يرد رأس المال ويبقى لنفسه المسلم فيه وهو نفع له لأن الفساد غير متيقن به لأن الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال فلا يعتبر هذا النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف لأن فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن به فلا يكون المسلم إليه متعنتاً في إنكار الوصف بسلامة أكثر المالمين له بهذا **قوله** كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الأ عشرة ذكر العلامة صاحب النهاية فيها هذا هو الصواب من نسخة وقع في بعض النسخ شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وهذا ليس بصحيح لأنه على ذلك التقدير كان القول قول المضارب وفي صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال والمقيس عليه في هذه المسئلة في شروح المبسوط وشروح الجامع الصغير للإمام قاضي خان (و)

(كتاب البيوع باب السلم)

لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم
فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة
ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمكروان انكر الصحة

والتمرتا شي والفوائد الظهيرية واليتيمة وغيرها بلغظ الاستثناء لما ذكرنا ان في صورة لفظ الاستثناء
كان القول قول رب المال وفي قوله وزيادة عشرة كان القول للمضارب بالاجماع كذا ذكر
في النهاية وذكر فيها وجه الفرق بين العبارتين *

قوله لانه ليس بلازم اي لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم لان كل واحد من رب المال
والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة واذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين
واذا ارتفع العقد بالانكار بقي دعوى المضارب في مال رب المال والقول للمكروان وهو رب المال
واما السلم فعقد لازم فبالاختلاف لا يرتفع العقد وانما يرتفع العقد عند رفع المتعاقدين معا
فكان القول قول من يدعي الصحة وذكر الامام قاضي خان رحمه الله ولا يحنيفة رحمه الله انهما
اتفقا على عقد واحد واختلغا في الصحة والفساد فيكون القول قول من يدعي الصحة كالمتناكحين
اذا اختلفا فاحدهما يدعي النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول قول من يدعي بشهود
بخلاف مسئلة المضاربة لان ثمة ما اتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صححت تكون شركة واذا
فسدت كانت اجارة للعامل وان كان الظاهر من حاله انه لا يباشر الفاسد لا يكون الظاهر من حاله
انه لا يباشر العقد الاخر ولا يلزم على ما قلنا اذا اختلف في النكاح فقال الزوج تزوجتك حين
كنت صغيرا وقالت المرأة تزوجتني بعد البلوغ فان القول قول الزوج وان كان فيه فساد
العقد لان ثمة ما اقر بالعقد بل انكر العقد حيث اسند الى حال عدم الاهلية وفي بعض النسخ لانه
ليس بلازم من واو العطف وهو الظاهر لانه فرق آخريين عقد السلم وعقد المضاربة باللزوم وعدمه
والاول فرق آخر باتحاد العقد وتعدد دل عليه قوله وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة
ظاهرا بخلاف المضاربة اي لم يتفقا فيها على عقد واحد لان الفاسد منه يكون اجارة (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولاً وعرضاً ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرناه وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان أحادها متفاوتة تغاوتاً فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمى صلبنا معلوماً لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبس **قال** وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يقضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تقضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قممعة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول **قال** وان استصنع شيئاً من ذلك بغير اجل جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم

قوله اذا بين طولاً وعرضاً يعني بعد ذكر الجنس والنوع والصفة ورقعة معلومة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانتة **قوله** وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا وذكر في المبسوط واذا اسلم في الحرير ينبغي ان يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقيناً انه لم يرد به قطع الحرير وما في الثياب فلا يشترط الوزن وذكر شمس الائمة رحمه الله اشتراط الوزن في الوداري وما يختلف بالثقل والخفة وفي المنتقى اذا باع ثوب خز بثوب خز يد اريد لا يجوز الا وزناً **قوله** فان استصنع شيئاً من ذلك بغير اجل جاز استحساناً بالاجماع الثابت بالتعامل الجواز ثابت بالاجماع وانما الاختلاف في انه بيع او عدة او اجارة فان قبل بشكل على هذا الاستدلال على الجواز بتعامل الناس مسئلة المزارة على قول ايحنيقة رحمه الله فان المزارة والمعاملة فاسدتان عنده وان كان للناس فيهما تعامل قلنا لا كذلك فان (١)

(كتاب البيوع باب السلم)

والصحيح انه يجوز بيعا لعدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز

الخلاف فيهما كان ثابتا في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المعدوم وجه الاستحسان ان النبي عليه السلام استصنع خاتما وصبرا ولان المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير تكبر فنزل منزلة الاجماع وهو كدخول الحمام باجر فانه جائز استحسانا للتعامل بالناس والقياس يابى جواز لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا الوقول لسقاء اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجر فانه يجوز لتعامل الناس وان لم يعرف قدر ما يشرب ولم يكن قدر ما يحتجم من ظهرة معلوما والاصل فيه قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد رآوا الاستصناع حسنا فكان حسنا *

قوله والصحيح انه يجوز بيعا لعدة وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول الاستصناع موعدة وانما ينقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا ثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح عند الجمهور انه بيع لان محمد ارحمه الله سماه شراء فقال كان المستصنع اذا رآه بالخيار لانه اشترى ما لم يره وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا في الكل والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما كتسمية الباسي عند الذبح جعلت موجودة حكما لعذر النسيان وكطهارة المستحاضة كما ان الموجود حقيقة يجعل معدوما للعذر كما للمعدوم دفع العطش يجعل معدوما حكما حتى جاز التيمم لوجوده حقيقة، فكذلك ههنا المستصنع معدوم يجعل موجودا حكما للتعامل وقد تحققت الحاجة هنا لكل احد لا يجد خفا يوافق رجله او خاتما يوافق اصبعه وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة اصله بيع المنافع **قوله والمعقود عليه العين** دون العمل قال ابو سعيد البردعي رحمه الله المعقود عليه العمل (لان)

(كتاب البيوع باب السلم)

وهذا كله هو الصحيح **قال** وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره
ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة رح
ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه

لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به يدل على انه معقود عليه والاديم
آلة العمل وانما ينقذ بيعا عند التسليم والصحيح ان المعقود عليه هو العين المستصنع فيه ولهذا
لوجاء به مفروغا عنه لامن صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز فان قيل لو كان يبيعا لما بطل
بموت الصانع او المستصنع وذكر الامام قاضي خان رح ان الاستصناع يبطل بموت احدهما
والسلم لا يبطل بموتهما او بموت احدهما قلنا الاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع
وهو العمل وشبه بالبيع من حيث ان المعقود عين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما
ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرنا القياس والاستحسان واثبتنا فيه خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل
التمن في مجلس العقد كما في بيع العين وفي الذخيرة وينقذ الاستصناع اجارة ابتداء وبيعا انتهاء
منى السلم ولكن قبيل التسليم ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفى المصنوع من تركته ولو انعقد
بيعا ابتداء وانتهاء لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم ويثبت له خيار الرؤية ولو كان ينقذ
عند التسليم لاقبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتريا مارة والمعنى في ذلك ان المستصنع
طلب منه العمل والعين جميعا ولا بد من اعتبارهما واعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذر
لان بين البيع والاجارة تنافيا فجوزناه اجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الاجارة
ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيراً على الامرين حظهما كما في الهبة بشرط
العوض فان قيل لو كان ينقذ اجارة لكان الصانع يجبر على العمل قلنا قد قيل ان لا خيار للصانع
ولانه انما لم يجبر على العمل وان كان ينقذ اجارة لانه لا يمكنه العمل الا بتلاف عين الا ترى
ان المزارع له ان يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهته ورب الارض كذلك *
قوله وهذا كله هو الصحيح راجع الى قوله انه يجوز بيعا لاعدة والمعقود عليه العين دون العمل (وقوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

الابضرار وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا
واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرا را بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره
بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز
اذا امكن اعلامه بالوصف ليتمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل
فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح خلا فلهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه
يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع

وقوله ولا يتعين الا بالا اختيار لما ان في كل واحد منها قول آخر *

قوله الابضرار وهو قطع الصرم فان قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا في حقه لانه رضي به قلنا
جاز ان يكون رضا بسبب ظن ان المستصنع مجبور على القبول وانه مجتهد فيه **قوله**
فلما ذكرنا اشارة الى قوله ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط **قوله** اذا امكن اعلامه بالوصف
وصورته ان يجيء انسان الى آخر فيقول اخر زلي خفا صفته كذا وقدره كذا بكذا درهما
او يقول للصانع اصنع لي خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته ويسلم الثمن كله او بعضه ولا يسلم
قوله لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح فيشترط فيه
شرايط السلم من قبض رأس المال في المجلس وعدم الخيار لرب السلم اذا اتى بالمصنوع على
الوصف الذي وصفه والمراد الاجل الذي يضرب للسلم فقال في المبسوط هذا اذا ذكر المدة
على سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان قال على ان يفرغ عنه غدا
او بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأجيل المطالبة بالتسليم الا ترى انه
ذكر ادنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكي عن الهندواني ان ذكر المدة من قبل المستصنع
فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكره على سبيل
الاستمهال وقيل ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك
فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشيء معلوم * (قوله)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولا يبي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لاشبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله اعلم

مسائل منشورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عام ان من السحت

قوله فيحافظ على قضيته يعني ان العمل بحقيقة اللئذ واجب الا اذا صرفه عن الحقيقة صار ف وذكر الاجل لا يصرفه عنها لان ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال لخطا ط خط هذا الثوب فذا فيحمل على حقيقة الاستصناع **قوله** وجواز السلم باجماع لاشبهة فيه اي باجماع الصحابة **قوله** وفي تعاملهم نوع شبهة فان عند زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز ولانه نقل من الصحابة رضي الله عنهم تعاملهم السلم وتايد الاجماع في السلم بظاهر الكتاب والسنة المشهورة وفي نقل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله اعلم

* مسائل منشورة *

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء لا شك في جواز بيع المعلم واما بيع كلب غير معلم فقد ذكر شمس الاثمة السرخسي رحمه الله انه اذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه قال رحمه الله وهو الصحيح من المذهب وهذا لانه اذا كان يقبل التعليم كان منتفعا به فيكون مالا محلا للبيع والدليل عليه انه ذكر في النوادر انه لو باع الجرو جاز بيعه لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم وهكذا نقول في الاسد اذا كان بحيث يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز البيع واما النمر فقد اختلف الروايات فيه عن أبي حنيفة روى الحسن رح انه يجوز بيعه وروى أبو يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيعه وروى ابن رستم عن محمد انه (لا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

مهر البغي و ثمن الكلب ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر به وإن المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفياً ولنا أنه لم ينه عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية لأنه منتفع به حراسة وإعطائه فكان ما لا يجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لأنه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلنا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم المبدأ ولا دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله لم ينه عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية أو كلب ثمنها

لا يجوز بيعه وبيع الغنم جائز لأنه منتفع به حقيقة وشرعاً فهو كسائر الحيوانات وأما الهرة فقد ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه يجوز بيعها وسئل عطاء عن ثمن الهرة فقال لا بأس به * **قوله** مهر البغي أي اجرة الزانية **قوله** ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية فإن قيل المدعى جواز بيع جميع الكلاب وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير فلما أيراد الحديث لا بطلان مذهب الخصم ولأن الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب لأن كل كلب يصلح لحراسة الماشية إذ من عادة السلاب نباحها عند حس الذئب أو السارق ولأنه منتفع به حراسة وإعطائه فكان ما لا لئال المال اسم غير الآدمي مما يصلح لمصالح الآدمي فإن قيل الكلب يمكن الانتفاع بمنافع، لا بعينه كالآدمي فإنه ينتفع بمنافعه بالاجارة ولا يدل على أن عينه مال فلنا أن الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعاً لملك العين لا قصد في المنفعة الأثرى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة والثوب فإن قيل شعر الخنزير ينتفع به النساء كلفة ولا يجوز بيعها فلنا أن الخنزير محرم العين شرعاً لا بإباح أسلاكه لمنفعة بوجه فيثبت الحرمة في كل جزء من الشعر والعظم وسقطت القيمة ثم الإباحة ضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة كما باحة لحمه حالة الضرورة لا تدل على صحة التمول وجواز البيع فاما الكلب فثبت فيه تحريم مطلق ثم إباحته لضرورة لبقائه ما وراءها على التحريم **قوله** والحديث محمول على الابتداء فإن قيل (ما)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

ولانه ليس بمال في حقا وقد ذكرناه **قال** واهل الذمة في البيعات كالمسلمين لقوله م في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم مال للمسلمين وعليهم ما عليهم ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين **قال** الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع صدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز وياخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقلل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة على الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلا فالزفر والشافعي رح لانه تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع

ماروي محرم وما ذكرتم مبيح والمحرم آخرهما ورودا على ما عرف قلنا هذا اذا لم يدل الدليل على سبق وقد دل ههنا لانه عليه السلام كان يشدد في امر الكلاب قلعالهم من الاقتناء وكان ذلك في الابتداء فيكون المحرم سابقا لا محالة *

قوله ولانه ليس بمال في حقا اي مال متقوم **قوله** كالمسلمين حتى ان الذمي اذا باع مكبلا او موزونا بمكيل او موزون من جنسه متساويا جاز ولا يجوز متفاضلا **قوله** ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين اي بالايمان وموجب المعاملات ولما كانوا مكلفين ولا يمكنهم اقامة ما كلفوا به الا ببقاء انفسهم كانوا محتاجين الى ما يبقى به انفسهم كما في حق المسلمين ولا يبقى الا بالنفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومن تلك الاسباب البيع فيجب ان يكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين لئتمكنا من تبقية انفسهم لا اقامة التكليف **قوله** ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها الخطاب للعمال اي اجعلوهم ولاه بيعها **قوله** ومن قال لغيره بع آلتخ وصورة المسئلة ان يطلب انسان من آخر شرى عبده بالف درهم وهو (لا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

وهو كونه عدلا او خاسرا اور ابحاثه قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن

لا يبيع الا بالالف وخمسائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف فيجئ آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله بعت جوا بالكل ولو لم يوجد اباء ولا مساومة ولكن ايجاب العبد بالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك استحسانا اما ضمانه بعد الالباء والمساومة يصح قياسا واستحسانا وذكر فخر الاسلام رحمه الله واصل ذلك ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله فاما فصول الثمن فيستغني عن ذلك ويجوز ان يقابله تسمية المال لاحقيقته الا ترى ان من باع عبدا بالفين وقيمه الف ان الالف الزائد لا يقابله مال الا تسمية فصار الفضل في ذلك بمنزلة بدل الخلع باصله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك اعني غير المرأة فكذلك ههنا فان قال من الثمن فقد وجدت صورة المقابلة فان لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها وقال الامام التمر تاشي رحمه الله في قوله لو قال بعت بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فباعه جاز البيع للمشتري بالف وخمسائة على الاجنبي لانه جعل زيادة في الثمن ولا يجوز في حق المشتري حتى لو ادعى الالف الى البائع له ان يقبض العبد وليس للبائع ان يحبس لاجل الخمسمائة ولو اراد المشتري ان يبيعه مرا بحة يبيعه على الف وان كانت دارا للشفيع اخذها بالف ولو تقايلا البيع فلا جنبي ان يسترد الخمسمائة من البائع وفي قياس قول ابي يوسف رح ان الاقالة بيع جديد ينبغي ان لا يسترد وكذا الوردة بعيه بغير قضاء او يقضاء يسترد ولو ضمن الاجنبي بامر المشتري وباقي المسئلة بحالها فالزيادة صارت واجبة في حق المشتري وللبيع ان يحبس العبد حتى يصل اليه الف وخمسائة لانه لما ضمن بامر المشتري كان للضمنين ان يرجع على المشتري فصار كان المشتري اشتراة بالف وخمسائة وله ان يبيعه مرا بحة عليه لان المرا بحة تكون بما قام عليه وللشفيع اخذها بذلك (و)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبذل الخلع لكن من شرطها امثلة

ولو اراد المشتري رده بعيب بتضاء او بغير قضاء او تقاضا لئلا يباع يرد الالف على المشتري
والزيادة على الضمين فان قيل يجب ان لا يصح الزيادة في الثمن من الاجنبي لان اصل
الثمن ان لا يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة يجب ان لا يجوز من الاجنبي
اذا كان ما باراها يحصل لغيره قلنا ذكر الفقيه ابو بكر الجصاص عن الشيخ ابي الحسن الكرخي
رحمهما الله انه اورد هذا السؤال ومنع وقال يجوز ان يكون اصل الثمن على الاجنبي والمثل
لغيره كما يجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي وما باراها لغيره وقال لا يعرف في هذا رواية
منصوص عليها عن اصحابنا بخلاف ما قلنا فساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق
ثم قال الجصاص هذا الملع الذي ذكر الكرخي مما يبعد لان عن اصحابنا رواية في هذا
فان محمد ارحمه الله ذكر في كتاب الصرف وغيره ان من اشترى شيئا بدين له على غيره
لا يصح هذا الشراء عند علمائنا لانه اشترى بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره والمثل
لغيره واذا كان الشراء بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره باطلا فلا يبطل
الشراء اذا كان وجوب التسليم والثمن على غير المشتري اولى واذا كان كذلك لم يكن بد
من الفرق والفرق ان القياس يابى جواز الزيادة من الاجنبي في الثمن لانها بدل المال
معاوضة من غير ان يحصل بازائه عوض وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا اذا تركنا القياس
بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث ابي قتادة الانصاري رضي الله عنه
حين امتنع النبي عليه السلام عن الصلوة على رجل من الانصار لمكان دين عليه
قال ابو قتادة هو علي او الي اوفي مالي وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك
القضاء منه بدل المال من غير عوض يحصل بمقابلته وزيادة من الاجنبي في الثمن في معناه
فكانت ملحقة به استدلالا به وقال شمس الائمة السرخسي رح وفخر الاسلام لو استدللنا
في جواز التزام الزيادة عن الاجنبي بهذا الحديث وهو حديث ابي قتادة ينبغي (ان)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فصم واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح *
قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالتكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطئ الزوج حصل بتسليطه من جهته فصارت فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فانترقا *

ان يجوز من الاجنبي التزام اصل الثمن ايضا كما يجوز التزام الزيادة على الثمن لان حكم الحديث لا يفرق بينها وبالاتفاق ان التزام اصل الثمن لا يجوز منه ولان حكم الحديث انما كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبي يجوز وقت المعاقدة قبل وجوب اصل الثمن على المشتري فعلم ان بينهما فرقا *

قوله تسمية بان يتكلم بلفظ من الثمن وصورة بان يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وان لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلا بالمزيد عليه فاشبه بدل الخلع فيصح اشتراطه على الاجنبي بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لانها ليست زيادة في الثمن بل هو التزام مال مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام **قوله** فالتكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة فان قيل فعلى هذا ان ينبغي ان يصح بيعها قبل القبض لقيام سبب الولاية قلنا ورد النهي عن البيع قبل القبض والتكاح ليس في معناه لان البيع ينطل بالغرر والنكاح لا يبطل به ولان القدرة على التسليم شرط لصحة البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة التكاح الا ترى ان بيع الابق لا يجوز والنكاح الآبقه جائز وفي الفوائد وذكر الصدق والشهيد رحمه الله اشترى جارية ثم زوجها قبل القبض ان تم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح والمختار قول ابي يوسف رح لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض (من الاصل)

قال ومن اشترى عبد اغراب (والعبد في يد البائع) فاقام البائع البيئة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن اصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يد رايه هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا نذر استيفاء من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذ اقامت مغلساً والمشتري اذ اقامت مغلساً والمبيع لم يتبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما

من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا والقياس ان يكون قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله حتى اذا اهلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج عيب فيها حتى لو وجدها المشتري ذات زوج له ان يردّها فالمشتري اذا عيب المعقود عليه يصير قابضا ويجعل التزويج كالا عتاق او التدين ولكنه استحسّن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا اهلكت فهو من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بهار انما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه يقل رغبات الناس فيها وينتقص لاجله الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم كان نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو اقر عليها بالدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي بان قطع يدها او قلع عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف الجزء من عينها كذا في المبسوط فان قيل يشكل على هذا الاعتاق والتدين فان المشتري يصير قابضا بهما وهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل قلنا قال في المبسوط الاعتاق انهاء للملك فيها واتلاف للمالية ولهذا يثبت له الولاء فمن ضرورته ان يصير قابضا وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر به *

قوله ومن اشترى عبد اغراب اي قبل نقدا الثمن فاقام البائع البيئة انه باعه اياه وفي الفوائد (و)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى يتقد شريكه الثمن كله وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان منطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه

وفي قوله ملك المشتري ظهر باقراره اشارة الى انه لا يشترط اقامة البيعة للبيع اذا كان لا يدري اين هو لان موضوع المسئلة ان العبد في يد البائع وقول الانسان فيما في يده مقبول لكن مع هذا يشترط اقامة البيعة ليكون البيع بحجة بالغة وهذه البيعة لكشف الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم وانما وضع المسئلة في المنقول لان القاضي لا يبيع العقار على الغائب ثم قيل يصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا بيع القاضي وفيه نظر لان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيل عنه وقيل لا يصب لان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا * **قوله** فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه ذكر الامام الترمذ في شيء رحمه الله فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن فلو نقد اخذوا في مواضع الاول لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لهما فان قبل لا يجبر على تسليم نصيب الغائب الى الحاضر خلافا لهما فلو قبض الحاضر العبد لا يرجع على الغائب بما نقد خلافا لهما **قوله** كمعير الرهن بان اعار شيئا لبرهنة فبرهنة ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادى من الدين على الراهن وان كان قضى دين الراهن بغير امره لانه مضطر في القضاء لانه لا يتمكن من الانتفاع بما له الا بقضاء الدين فكذلك (هنا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

كالوكيل بالشراى اذا قضى الشمن من مال نفسه *

قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثلث اليهما على السوى فيجب من كل واحد منهما خمسة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما *
قال ومن له على آخر عشرة دراهم جيار فتضاه زيوفاه وهو لا يعلم فانفتها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه

هم بالخلاف ما لو استاجر غراب احد هما فنقد الاخر كل الاجر فهو متبرع لانه غير مضطور لانه لا حبس للاجر للاجرة فان هلك العبد في يد الحاضر رجع على الغائب بما نقد عنه فان هلك بعد ما حضر وطلب منه هلك بما نقد عنه فان كان حاضرا فنقد فهو متبرع *

قوله كالوكيل بالشراى وبيان انه كالوكيل بالشراى ان الصفقة لما كانت واحدة فانما يثبت الملك لكل واحد منهما بقبول صاحبه اذ لو لم يقبل صاحبه لما ثبت المبدل له فكان كل واحد منهما كالمتعاون لصاحبه فهذا معنى قوله كالوكيل وللوكيل ان يرجع على الموكل بما ادى عنه وان يحبس للاستيفاء حقه كذلك ههنا فان قيل لو كان كالوكيل ينبغي ان لا يفترق الحال بين حضور المشتري وغيبته كغير الرهن وكالوكيل بالشراى فلنا ان كل واحد منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا فاعتبرت شبهة الوكالة عند غيبته احد ههنا الحقيقة عند حضرتهما عملا بالشبهين والعمل على هذا الوجد اولى من العكس لما كان الاضطرار الى اداء الجميع للانتفاع بنصيبه اذا كان غائبا **قوله** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ونظر رواية الاصل من الجامع الصغير بعنك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة ورواية كتاب البيوع اذا باع جارية بالف مثقال فضة وذهب جيد ولا فرق في الحكم فيما اذا قدم الذهب على الفضة واخرا عنها وكذا في وصف الذهب والفضة (با)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف
لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الي ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى
لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن
تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له *

بالجودة يكون وصفا فيهما كما لو قال عدي حر غدا وامرأتي طالق او قال عبده حر وامرأته طالق
غدا انهما يقعان غدا جميعا وقال الامام التمر تاشي رحمه الله اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة فهما نصفان لانه اضاف العقد اليهما فيشترط بيان صفتيهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث
ينصرف الى الجيد وكذا لو قال له علي مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف
فكذا هذا في جميع ما يقربه من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او ودعة
او بيعا او شرا او مهورا او جعل في خلع او وصية او كفالة او غير ذلك وكذا لو قال له علي كرحضة
وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس فان قيل ينبغي ان يترجم الذهب لاختصاصه
بالمثاقيل او يترجم الفضة لكونها غالبية في المبيعات قلنا ما تعارض هذان الوجهان وجب المصير
الى قضية الاضافة ومطلق اضافة المثاقيل اليهما يوجب الشركة على السواء *

قوله لان حقه في الوصف مرعي كما هو في الاصل اي حق رب الدين في وصف
الدين من حيث الجودة واجب رعايته كحقه في الاصل من حيث التقدير وان كان
المقبوض دون حقه قدر الم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه
وصفا الا انه يتعذر عليه الرجوع بفضل القيمة لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها
فيرد عين المقبوض ان كان قائما ومثل المقبوض ان كان مستهلكا لان مثل الشيء له حكم عينه
قوله لانه ايجاب له عليه وبهذا فارق ضمان كسب العبد المذون على المولى وضمان
المرهون على الراهن وان كان ملكا لانه لان ذلك ضمان ملاك عليه لانه بل للغيرم وهذا ضمان
ملكه عليه له ولا نظير له فان قيل ايجاب الضمان له عليه انما يكون ممثلا لعدم المائدة وهنا (١)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

قال واد افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولا نه صيد وان كان يواخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسرة او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد دارة او وقع ما ثمر من السكر والدرهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله في ملكه تبع الارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء *

اشتمل على فائدة وصوله الى حقه وهو الجوده الاترى ان من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة ثم لو افاد بان اشترى مال نفسه مع مال غيره يصح لوجود الفائدة وهو يملك مال الغير بحصته من الثمن المذكور في الشري وكذا يجوز لب الما ان يشتري مال المضاربة من المضارب بما فيه من الفائدة فلن لا يصح وان كان فيه فائدة لان الجوده تتبع الدرهم لانها وصف لها فنقص قبض اصل الدرهم لاسترداد الجوده جعل ما هو الاصل تبعاً لتبعه وهذا انقض الموضوع وقلب المعقول بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه ذلك *

قوله وكذا اذا تكس فيها ظبي وفي بعض الروايات اذا تكس اي دخل في الكناس وهو موضعه وانما قيد بالتكسر لانه لو كسره احد يكون له **قوله** وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك وما اذا هيا بان حفر بئر للصيد ووقع فيها فهو له **قوله** فصار كنصب شبكة للجفاف يعني فتعلق بها صيد واخذه انسان فهو لاخذ **قوله** او كان مستعدا له معطوف على قوله ما لم يكفه على تقدير حذف حرف النفي اي ما كان مستعدا له **قوله** بخلاف ما اذا غسل النحل في ارضه حيث يكون العسل لصاحب الارض لانه عد من انزال الارض والنزل الزيادة والفضل والفرق ان العسل ليس فيه معنى الصيد لانه لا في الحال ولا في المال والارض في يد صاحبها فبما فيها يكون في يد صاحبها وذلك لان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لارضه كالشجر والزرع ينبت فيها والله اعلم بالصواب (كتاب الصرف)

(كتاب الصرف)

* كتاب الصرف *

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يدالي يد والصرف هو النقل والرد لغة اولانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العباداة النافلة صرفا **قال** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث قال عم جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع *

* كتاب الصرف *

قوله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من العوضين من جنس الاثمان اي بيع الذهب بالذهب او الفضة بالفضة او احدهما بالآخر سمي بدلانه يحتاج الى نقل بدليه من يدالي يد والصرف هو النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا اي صرف الله قلوبهم اولانه عقد يرد على مال لا يقصد به ذاته بل يتغى به الفضل بطريق التوسل والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ومنه سمي التطوع صرفا لانه فضل على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غيرابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا اي لا تطوعا ولا فرضا والاموال انواع ثمن بكل حال كالنقد بين صحبه الباء ولا قولت بجنسها او بغيره ونوعه بيع بكل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان مينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن مينا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان رائجا كان ثمنا وان كان سدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون دينا في الذمة كذا قاله الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة ولهذا قلنا انها لا تعين بالتعيين فكان ثمننا على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية فلا يخرج به من ان يكون مبيعا والمكيل والموزون مستحق عينا (با)

(كتاب الصرف)

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر بن الخطاب وان استظرك ان يدخل بيته فلا تنظرة ولانه لا بد من قبض احد هما ليخرج العقد من الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احد هما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوع او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احد هما ولا يتعين الآخر لا طلاق لما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه تمنا خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس يمشيان معاً في جهة واحدة او انا ما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف بقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه

بالعقد تارة ودياً اخرى فيكون ثمانية حال مبيعاً في حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجودة في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد فوات تسليمه وصح الاستبدال برد والمبيع بخلافه * **قوله** ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق اخلاف المسائخ رح ان القبض قبل الافتراق شرط صحة العقد وشرط بقائه على الصحة وعلى قول من يقول انه شرط بقاء العقد على الصحة لا اشكال وعلى قول من يقول شرط صحة العقد اشكال وهو ان يقال ما يكون شرط الجواز يشترط حاله العقد كالشهادة في باب النكاح والمال في المبيع والجواب ان اشتراط القبض حاله العقد غير ممكن لما فيه من اثبات اليد على مال الغير غير رضاه فعلى الجواز بقبض بوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حاله العقد فكان كالموجود عنده حكماً **قوله** لما روينا هو ما روي قبيله يدا بيد **قوله** ففيه شبهة عدم التعيين لكونه تمنا خلقه يريد به ان الشبهة في الحرمان ملحقة بالحقيقة **قوله** لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وفي المبسوط وعن ابن حنبل قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقيل الباقية ومندهم الورق الكاسدة فنبتاء ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتروا بهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وليس (١)

(كتاب الصرف)

وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افتراقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لغوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرر (وفيه خلاف زفر رح) *

قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقه تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفره لان الدراهم لا تتعين فيصرف العقد الى مطلقها ولكن نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز

المراد من الاطلاق في الوثبة المهلكة بل هو مبالغة في ترك الافتراق بالابدان قبل القبض * **قوله** وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم اي المعتبر تغرق الابدان لا القيام عن مجلس العقد بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض اذا التخير تملك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله **قوله** الذهب بالورق ربوا اي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم وقوله هاء بوزن هاء اي خذ ومنه هاؤم اقروا كناية اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان **قوله** لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا اي بشرط الخيار والثاني يفوت القبض المستحق اي بالاجل **قوله** الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيه خلاف زفر رحمه الله وكذا اذا اسقط الاجل بان سلم في المجلس **قوله** ولكن نقول الثمن في باب الصرف مبيع فان قيل لوجعل كل واحد منهما مبيعا لا بشرط قيام الملك في كل واحد منهما **قوله** العقد حتى لا يصير بائعا ماليس عنده ولم يشترط (قيام)

(كتاب الصرف)

وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازة لما فيه من احتمال الربوا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفضة مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشترى بالفضة مثقال

قيام الملك في الدراهم والدنانير وقت العقد فقد ذكر في الكتاب لو باع رجل من آخر دينارا بدراهم وليس في ملك هذا دينارا ولا في ملك ذلك دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى مشتريها واستقرض الآخر دينارا ودفعه الى مشتريه جاز قلنا الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه وانما يعتبر مثمنا من وجه بعد العقد لان اعتبارا مثمنا بسبب العقد ضرورة ان العقد لا بد له من مثمن كما لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مثمنا بعد العقد لا قبله فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما في بيع العرض بالعرض فان كونه ثمنا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مثمن في الاصل وانما يصير ثمنا بسبب العقد ضرورة ان العقد لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مثمنا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد ويتعلق العقد بهما ويعتبر كونه ثمنا بعد العقد حتى لا يفسخ العقد بهلاك احد هما بعد البيع قبل ان قبض كما لو كان ثمنا من كل وجه كذا هنا واذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بالمشار اليه * .

قوله وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا جواب اشكال وهو ان يقال لو كان مبيعا لكان متعينا قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا فالمسلم فيه مبيع غير متعين ولانه ليس بمبيع مطلقا بل هو مبيع من وجه ثمن من وجه وهو كاف لسلب الجواز اذا الشبهة كالحقيقة في الحرمان **قوله** لما ذكرنا اي من الحديث والمعقول **قوله** في بيعه بجنسه مجازة (لما فيه)

(كتاب الصرف)

الف نسيئة والف نقد فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك ان باع سيفاً محلياً بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذه هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قديران بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد به احد هما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابض احثى افتراق بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افرادة بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افرادة بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه ولا يدري لا يجوز البيع

لما فيه من احتمال الربو وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوز ايضا لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد حتى لو تباعد هبا بذهب مجازفة وافتراق بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لفرقة رحمهم الله *

قوله الف نسيئة والف نقد ولوا اشتراها بالفي مثقال فضة نسيئة فسد في الكل صد ابي حنيفة رحمه الله اما الطوق فلفوات التقابض واما في الامة فلان المفسد مقارن العقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي وعندهما لا يفسد في الامة لان الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما اما لو اشتراها بالفي مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افتراق بطل في الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى الى الامة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس ولو قال خذه هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح في الاستحقاق عند المساواة (في العقد)

(كتاب الصرف)

للمربوا ولا حتماله (وجهة الصحة من وجه) وجهه الفساد من وجهين فترجحت *

قال ومن باع اناء فضة ثم افتراق قد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع * ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء * ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعض *

قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرسعير وكرسعة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرف لانه قابل للجملين بالجملين

في العقد او الاضافة لا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن السيف خاصته والقول في ذلك قوله لانه هو المملك والقول في بيان جهة التملك اليد كذا في المبسوط *

قوله للمربوا اي فيما اذا كانت مثله او اقل منه او لا حتماله اي فيما لا يدري وفيه خلاف زفر رح **قوله** وجهه الفساد من وجهين بتقدير المساواة والنقصان والجواز بتقدير الزيادة ولو استوت الجهتان لترجحت جهة الفساد احتياطا فما ظنك اذا كانت جهة الفساد اكثر فان قيل الترجيح انما يكون بشيء لا يكون علته اثبات الحكم ابتداء وههنا كل واحد من الجهتين اعني المساواة والنقصان من المفروض علة عدم الجواز ابتداء فلا يصلح للترجيح فلنا مرادة انه اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقي **قوله** لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد بخلاف مسئلتني التجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فان كل واحدة منهما صرف وبيع فذا نقد بدل الصرف صح في الكل **قوله** وكان الاناء مشتركا بينهما ولا يقال ان فيه تغريق الصنف على المشتري فينبغي ان يتخير لان التفرق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العقد فصار كمالا كاحد العوضين ولان الشركة وقعت بصنعه وهو لا افتراق قبل نقد كل الثمن (قوله)

(كتاب الصرف)

ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى ثوبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرا بحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبدة و عبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبدة وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب واقترا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس فانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه

قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة اذ الحنطة والشعير والدرهم والدينار من احد الجانبين اكثر فيتحقق الربو وفي صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات مقابلة لادليل عليها في لفظه نعم فيه تصحيح تصرفه وان كان تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف كما في المسائل المذكورة ولنا ان العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منها ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق وذلك لان الذات لا يخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في الرقبة الا ترى انه لو اتى بهذه المقابلة ثم قال على ان يكون الجنس بخلاف الجنس يصح وبصير الفرد مقابلا بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه المقابلة يحتمل مقابلة الفرد وهو طريق متعين لتصحيحه وجب ان يحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولهذا وجب حمل كلامه على المجاز اذا لم يصح الا بالحمل عليه وبه تبين انه ليس بتغيير لكلامه بل هو (تعيين)

(كتاب الصرف)

وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجب الاصلى وهو ثبوت الملك في الكل بمقابله الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره بنصف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف (ما عد من المسائل اما) مسئلة المراجعة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب

تعيين احد المحتملين ولئن كان فيه تغيير ففيه تغيير وصفه وهو بطلان صفة الشيوع لا اصله اذ موجب الاصلى ثبوت الملك في الكل بمقابله الكل وهو باق بعده ولهذا قبول الفرد بالفرد في الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا يصح العقد فيه فلو قبلت الاجزاء بالاجزاء لما صح لان المقبوض ح يكون مقابلا بالمقبوض وغير المقبوض وصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وان كان فيه تقييد كلامه تصحيحا لتصرفه وكذا الوبايع عبد ابالف درهم وفي البلد نقود مختلفة وبعضها اروج يحمل مطلق كلامه عليه تصحيحا لتصرفه وان كان فيه تقييد كلامه *

قوله وفيه تغيير وصفه لا اصله اي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد لما ان وصف العقد يقتضي الانقسام بالشيوع لكن في الانقسام بالشيوع تغيير اصل العقد لان اصل العقد العقد الصحيح الذي يثبت الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام بالشيوع يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فكان تغيير اصل العقد بسبب رعاية وصف العقد وفي مقابلة الفرد بالفرد بقاء اصل العقد على قضيته وهو ثبوت الملك في الكل قبل القبض مع تغيير الوصف فكان اهلون التغييرين فكان اولى وفي المبسوط ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع باصله حرام بوصفه واذا لم يتحقق المعارضة يترجم ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه **قوله** لانه يصير تولية اي تغيير اصل العقد لانه عقد المراجعة فلو صححنا تصرفه يصير تولية (قوله)

(كتاب الصرف)

والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلاهما في الابتداء **قال** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد بذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تباعا فضة بفضة او ذهبا بذهب (واحد هما اقل) ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمة باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقيق الربوا اذا الزيادة لا يقد بلهما موضع (فيكون ربوا) **قال** ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز

قوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين اي طريق الجواز لانه كما يجوز ان تصرف الالف الى المشتري فكذلك يجوز ان تصرف اليه الف وواحد او اثنان او ثلثة والى الاخر اربع مائة وتسعة وتسعين او شيء والوجوه كلها سواء وليس بعضها اولى من البعض فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز فان قيل قد تعدد طريق الجواز هنا لانا اذا صرفنا الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين يصح واذا صرفنا نصف الدينار الى الدرهمين والدرهم مع نصف الدينار الى الدينارين يصح قلنا نعم الا ان التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يترجم احد وجوهه ولما ذكرناه رجحان لان العقد ورد باسم الدراهم فتجوزة مع بقاء اسم الدراهم اولى **قوله** والفساد في حالة البقاء وكلاهما في الابتداء والحاجة الى التصحيح فوق الحاجة الى الابقاء على الصحة لانه لولا الصحة يكون هو مرتكبا للمحرم في مباشرة التصرف ولا كذلك البقاء على الصحة ولان الفساد ثمه موهوم لجوز ان يتقابضا في المجلس وهنا متحقق **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار في هذه المسئلة احد الطرفين جنس واحد والاخر مشتمل على جنسين **قوله** على ما روينا وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة (مثل)

(كتاب الصرف)

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدال ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسائة وزفره يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انتساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز *

قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتيين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرد بيت المال وباخذة التجار

مثل بمثل والظاهر انه اراد به ذلك اي ان البائع اراد بهذا العقد العقد الذي ذكرناه وهوان يكون العشرة بمثلها والدينا ر بدرهم ولوتبايعا فضة بفضة ومع اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز صورته اذا باع عشرة دراهم وثوبا بخمسة عشر درهما وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهة كالجوزة وكف من زيب وانما كره لانه احتيال لسقوط الربوا لياخذ لزيادة بالحيلة فيكرة كبيع العينة فانه مكروه لهذا *

قوله ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة اي من غير ان يقيد بالعشرة التي عليه اما اذا قيد بذلك فقال بالعشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف وفي ما اذا باع دينارا بعشرة مطلقة ثم تقاصا بالعشرة التي عليه خلاف زفره وهو القياس وفي الاستحسان يجوز وجه القياس ان هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا او دينارا **قوله** ووجهه اي وجه الجواز انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرناه وهو قوله ولا بد من قبض العوضين لما روينا من قوله عليه السلام يدا بيد والدين السابق لا يجب تعيينه بالقبض فلم يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة واذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة (الى)

(كتاب الصرف)

ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة *

الى الدين فان قيل لو فسخ الصرف ضمنا للمقاصة ينبغي ان يكون القبض شرطا لان
الاقالة بيع في حق الثالث والشرع ثالثهما فكان بيعا في حقه فلما صارت الاقالة هنا في ضمن
المقاصة فجاز ان لا يثبت حكم البيع بمثل هذه الاقالة بل حكم البيع لها في حق الثالث
فيما اذا كانت الاقالة ثابتة قصد او في الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد لانهما
لما اضافا العقد الى الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه لانه يسقط وتعيين الساقط محال فلهذا
وقعت المقاصة هنا بنفس العقد لتجانسهما وعقد الصرف على هذا الوجه جائز لان قبض
البدلين انما يكون شرطا احترازا عن الربو فانه اذا كان احدهما مقبوضا والاخر غير
مقبوض واقترا يكون بيع عين بدين والعين خير من الدين لان الدين مما يقع الخطر في عاقبه
ولا خطر في دين يسقط فلاربوا بينه وبين المقبوض في المجلس الا ترى ان الدين بالدين حرام
ثم لو تصارفا دراهم بدين بدينار دين صح لغوات الخطر وهذا بخلاف السلم فان اضافة عقد السلم
الى رأس مال هو دين على المسلم اليه في الابتداء لا يصح فكذا اذا حول العقد اليه في الانتهاء
وهذا لان ما يقابل برأس المال في السلم دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون دين بدين
وفي الصرف ما يقابل الدين عين مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز هذا اذا كان
الدين سابقا فان كان لاحقا بان اشترى دينار بعشرة دراهم ثم باع المشتري من البائع ثوبا بعشرة
لا يقع المقاصة بنفس العقد لانه في الدين المتقدم لا يقع بنفس العقد فمع المتأخر اولي
فاما اذا تفاضا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لا يجوز المقاصة هنا لان الدين
لاحق فيكون صرفا بدين سيجب والأصح انه يصح لانه لما تفاضا تضمن ذلك فسخ الصرف
الاول وانشاء صرف آخر فكان صرفا بدين سبق وجوبه وانغلة من الدراهم المقطعة التي
في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة كذا في المغرب فيرد هابيت المال لانها فتها ولكن لكونها قطعا
قوله ووجهه تحقق المساواة في الوزن اي وجه الجواز تحقق شرائط الصحة لان المساواة (في)

(كتاب الصرف)

قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجيد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن * وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو من قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسافي حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف ان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشائخنا رح لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلوا يبيع التفاضل فيه

في الوزن متحتقة والمساواة في الجودة ليست بمشروطة لما عرف ان الجودة ساقطة العبرة لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء *

قوله فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف يعني ان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم او اقل او لا يدري لا يصح وان كانت اكثر يصح **قوله** ولكنه صرف جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي ان لا يشترط القبض في هذه الصورة لانه لما صرف الجنس الى خلاف الجنس لا يشترط التقابض في المجلس قلنا انما صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لحاجتنا الى جواز العقد فاذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا الى البقاء فلم يكن كل واحد منهما مصروفا الى خلاف الجنس في حق القبض بل صرف الى جنسه ليشترط التقابض في المجلس لعدم الحاجة الى بقاء العقد على الصحة لان الحاجة انما تمس في نفي المفسد المقارن ليكون تصرفهما على الصحة لا في نفي المفسد الطارئ الغطارفة اي الدراهم الغطريفية منسوبة الى الغطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام هارون الرشيد كذا في المغرب (قوله)

(كتاب الصرف)

ينفتح باب الربو انم انكانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وانكانت تروج بالعد فبالعد وانكانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج تكون انما لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة يتعين بالتعيين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزبوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زبوا انكان البائع يعلم بحالها لتحقيق الرضاء منه وبنسبها من الجياد وانكان لا يعلم لعدم الرضاء منه * واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وان لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح يوم البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه وان الانتقال الى النيمة ولا يحنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان النمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمه ان كان هالكا كما في البيع السادس *

قوله ينفتح باب الربو متعلق بقوله لم يفتوا لانه لو جاز حل الربو في اعزال اموال لقاسوا عليه حل الربو في الذهب والفضة بالتدريج **قوله** ثم انكانت تروج اي المغشوشة **قوله** بل بجنسها زبوا اي بجنس الدراهم المغشوشة من الزبوف انكان البائع يعلم بحالها انها زينة والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش **قوله** واذا اشترى بها سلعة اي بالدراهم المغشوشة ثم كسدت اي في كل البلاد حتى لو كانت تروج في بعضها عليه رد المثل كذا اختاره الفقيه ابو الليث رحمه الله وفي عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لا تروج في جميع البلد ان لانه يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع (و)

(كتاب الصرف)

قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها * واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلا فاليهم وهو نظير الاختلاف الذي بيناه * ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها لانها امانة وموجبه رد العين معنى والتمنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف التمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل

وان شاء اخذ قيمة ذلك دنائير وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد رحمه الله وما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يبطل البيع بالفساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلسين وعندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد رحمه الله لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد ينبغي ان يكون على هذا القياس ايضا وفي القدوري اذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض فسد العقد في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يفسد وقال ابو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد او بالانقطاع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما رده على البائع وان كان مستهلكا او هالكا رجع البائع عليه بقيمة المبيع ان لم يكن مثله او بمثله ان كان مثليا هذا اذا كسدت الدراهم والفلوس فاما اذا غلت بان ازادت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري واذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع اذا انتقصت الدراهم من ايدي الناس قبل القبض فسد البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وحده لانقطاعه لا يوجد في السوق وان كان يوجد في ايدي الصيارفة *

قوله والتمنية فضل فيه اي في القرض اذ صحة استقرار الفلوس لم يكن باعتبار صفة التمنية بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراره بعد الكساد (قوله)

(كتاب الصرف)

واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمها الله انظر
وقول ابي يوسف ايسر

قوله واصل الاختلاف اي اصل الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
وانما قيد نابه لانه بني هذا الاختلاف على الاختلاف في غصب المثلي كالرطب مثلا وفيه
كان الاختلاف بينهما نظير الاختلاف الذي نحن فيه كذا في النهاية وفي فوائد الخبازي
واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع الا ان هناك يعتبر القيمة يوم الخصومة عند
اي حنيفة رحمه الله وهنا لا يقول به لان ايجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفسد لان
قيمتها كاسدة وعينها سواء بل ايجاب العين كاسدة اعدل من قيمتها كاسدة فوجب مثلها
كاسدة وعندهما لما وجب اعتبار قيمتها رأبجة اما يوم القبض او آخر يوم كانت رأبجة فيه
فكسدت كان ايجاب قيمتها من الفضة اولى من ايجاب عينها كاسدة كما في المبسوط
وقول محمد رحمه الله انظر في حق المقرض بالنظر الى قول اي حنيفة رح وكذا في حق
المستقرض بالنسبة الى قول ابي يوسف رح وفي فتاوى قاضي خان رح قال محمد رح
عليه قيمتها في آخر يوم كانت رأبجة وعليه الفتوى وقول ابي يوسف رح ايسر اي
للمفتي او القاضي لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الانقطاع لا يعرف الا بخرج وفي المحيط
ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما اذا كانت قائمة او هالكة والغلوس
المغصوبة اذا كسدت فان كانت قائمة رد عينها بالاجماع وان كانت هالكة فعلى الاختلاف
الذي مر وهذه المسئلة في الحاصل فرع مسئلة اخرى في كتاب الغصب ان من غصب
رطبا وهلك عنده او استهلك ثم انقطع او ان الرطب قال ابو حنيفة رحمه الله عليه قيمة
يوم الخصومة وقال ابو يوسف رح قيمة يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع وكثير
من المشائخ كانوا يفتون يقول محمد رح وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الائمة والصدر
الشهيد حسام الدين رحمهما الله وبعض مشائخ زماننا افتوا بقول ابي يوسف رح (قوله)

(كتاب الصرف)

قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفررة لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالد درهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز بالد درهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لاسيما في ديارنا

قال ومن اعطى صير فيادرهما وقال اعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصف الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاحبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيرة ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابيهما هو الصحيح لانهما بيعان وقال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الاحبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وماوراء ازاء الفلوس قال رح

قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس اي اشترى بفلوس قيمتها نصف درهم فضة **قوله** من الفلوس بيان لقوله ما يباع وفي المغرب الدانق بالفتح والكسر قيراطان والجمع دوانق ودوانيق وفي الصحاح الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق ومن اعطى صير فيادرهما من قولهم للدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة اي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصير في كذا في المغرب **قوله** والفساد قوي لانه مجمع عليه وقد مر نظيرة وهو ما اذا جمع بين حرو عبد وباعهما صفقة واحدة فلولم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالا جماع وان بين يشيع الفساد على قول ابي حنيفة رح (ولو)

(كتاب الكفالة)

وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله اعلم بالصواب *

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح

ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان بان قال اعطني بنصفه كذا فليسوا اعطني بنصفه الباقي نصفاً الاحبة فالحكم ان العقد في حصة الغلوس جائز بالاجماع وحكي عن الفقيه عمر بن جعفر الهندواني والفقيه مظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام رحمهم الله هنا ايضا لا يصح وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفة متحدة لانها لو تفرقت انما تفرقت بنكر وقوله اعطني ولا وجه اليه لان قوله اعطني مساومة وبتكر المساومة لا يتكرر البيع الا ترى ان بذكر المساومة لا ينقد البيع حتى ان من قال لا خير يعني قدال بعت لا ينقد البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينقد البيع بذكر المساومة فبتكرارة كيف يتكرر العقد وكانت الصفة واحدة والصحيح انها بيعان فلا يشيع الفساد

قوله وفي اكثر نسخ المختصر اي مختصر القدوري والله اعلم *

* كتاب الكفالة *

هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال النبي عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه ثم قيل اي في الشريعة هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي رح فيصير الدين الواحد دينين لان الكفيل مطالب بالايفاء والمطالبة بايفاء الدين ولان الدين محال اذا المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا الوهب له صح وكذا لو اشترى به منه شيئاً صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح وليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين في ذمتهما فالاستيفاء لا يكون الا من احدهما كالمغاصب (مع)

(كتاب الكفالة)

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله هم الزعيم فارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة

مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما غير ان هناك اختيارة تضمين احدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التملك منه وههنا لا يوجب ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا يملك مطالبة كل واحد منهما والاول اصح لان الدين بقي في ذمة الاصيل كما كان فلا يتصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب للكفيل او اشترى به منه شيئاً فحججنا الدين عليه ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه في حكم دينين وقبله لا ضرورة ولا يتصور وجود المطالبة الا بعد وجود اصل الدين فاما ان يكون واجبا على من عليه المطالبة لا محالة فلا الا ترى ان الوكيل بالشراء مطالب بالثمن واصل الثمن على الموكل حتى لو ابرأ البائع الموكل عن الثمن صح وكما يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من له ابتداء حتى يكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع واصل الثمن للموكل فكذلك يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من عليه فيتوجه المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة واصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك ينفصل المطالبة عن اصل الدين سقوطاً بالتأجيل فكذلك التزاماً بالكفالة والمطالبة مع اصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز ان ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز ان ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام اصل الدين كذا في المبسوط واما ركنها فالاجاب والقبول عند ايحىة ومحمد رح خلافاً لابي يوسف رح في قوله الاخر حتى (ان)

(كتاب الكفالة)

بنوعيتها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلّي بينه وبينه ويستعين
باعدوان القاضي (في ذلك) والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم
في المطالبة فيه **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا
بيدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق
وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزى فكان
ذكر بعضها شائعا كذا كركلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما
عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته

ان صندهما لكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كان كفلا بالمال او بالنفس مالم يوجد قبول المكفول له او
قبول اجنبي عنه في مجلس العتد و قال ابو يوسف رة آخر الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول او الخطاب
من غيره او لم يوجد واختلف المشائخ رح في قوله الآخر ان الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوف على
اجازة الطالب او يصح نافذا للطالب حق الرد وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له
قبل القبول فمن يقول بالتوقف يقول لا يواخذ به الكفيل واما شرطها كون المكفول به مقدور التسليم
من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص لفوات شرطها اذ غير الجاني لا يواخذ بجناية
الجاني وان يكون ديننا صحيحا ولهذا لم يصح الكفالة ببذل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب
للمولى على عبده دين وانما وجب مخالفا للقياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة واما اهلها
فاهل التبرع بان كان حراما كلفا فلا يصح من العبد والاصبي وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل
قوله بنوعيتها الكفالة بالنفس والمال فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على
وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا فكيف يستدل به على مشروعيته
قلنا الغرم ينبى عن لزوم شيء يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاضرار والحاجة ماسة
الى هذا النوع وهي ضرورة احياء حقوق العباد لانه ربما يغيب نفسه فيتوى حق صاحب
الحق ومن الصحابة انهم جوزوا الكفالة بالنفس **قوله** اما حقيقة كنفسه وجسده وبدنه (او)

(كتاب الكفالة)

لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام * او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عم ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه في القبول هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفة لانه التزام المعرفة دون المطالبة **قال** فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما دري لماذا يدعي * ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت وام حضره يحبسه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق **قال** وكذا اذا ارتد والعياذ بالله والحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة فينتظر كالذي اسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في المؤجل واذا احضره وسلمه في مكان يتدبر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المتصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة *

او عرفا كما في بروحه او برأسه او بوجهه *

قوله لانه تصريح بموجبه اي موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينقصد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينقصد بلفظ التملك الكل العيال قال الله تعالى وهو كل علي مولاه والجمع الكلول والكل اليتيم ايضا والمراد ههنا اليتيم بدلالة عطف العيال عليه والعيال هو من يعول اي يقوته **قوله** وقد رويناه في هو قوله عليه السلام الزعيم غارم بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم وفي الفارسية بان قال من ضامنم دانستن وي راعامة المشائخ قالوا يكون كفيلا فكانهم فرقوا بين الفارسية والعربية كذا في فتاوى قاضيخان رح **قوله** ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ويستوثق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه (واتفق)

(كتاب الكفالة)

واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لاعلى الاحضار
فكان التقييد مفيداً * وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل
المقصود وكذا اذا سلمه في سواد اعدم قاض ينصل الحكم فيه وتسلم في مصر آخر غير
المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعند همالا يبرأ

واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى ان يعرف
مكانه لانهما تصاد قاعلي عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل
فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة فخرج
الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب
الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعي وان لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول
الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه وقال
بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت
متوجهة عليه فلا يصدق في اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع
كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت
معابنة وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب لا يسقط الكفيل عن الكفالة بل يمهل القاضي
مدة ذهابه ومجيئه لان لحاقه بدار الحرب كموته حكماً في قسمة ماله بين ورثته فاما في حق
نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته
وفي الذخيرة اذا الحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادراً على رده بان كان بيننا
وبين اهل الحرب مواد عتة ان من لحق بهم مرتداً يردونهم علينا اذا طلبنا يمهل قدر الذهاب
والمجيء وان لم يكن قادراً على رده بان لم يتقدم مواد عتة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يواخذه
قوله لحصول المقصود ان المقصود من التسليم في مجلس الحاكم مكان الخصومة واستخراج (١)

(كتاب الكفالة)

لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه * واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه يجوز من احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فلولوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفسه آخرو لم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب بالتسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل اورسوله لقيامهما مقامه

الحق باثبات حقه عليه وهذا الامكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المص * **قوله** لانه قد يكون شهوده فيما عينه وذلك القاضي يعرف حادثه فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر قلنا ولعل شهوده فيما سلمه وهذا القاضي يعرف حادثه فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط فلا يبرأ فيه عندهما وعلى قوله اختلف المشائخ فيه **قوله** لا يقدر على المحاكمة فيه لان الغرض من التسليم تمكنه من احضاره بمجلس الحكم لثبت عليه حقه وذالايأتى اذا كان محبوسا **قوله** ولا يشترط قبول الطالب التسليم وفي المبسوط ويستوي ان قبله الطالب او لم يقبله لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول الطالب تضرره من عليه فانه يمتنع من ذلك ايفاء لحقه والضرر مدفوع بحسب الامكان ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل صح وفي المبسوط واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل (لانه)

(كتاب الكفالة)

فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف
فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة
وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال * ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح
هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر
من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الربح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف * ومن كفل بنفسه رجل وقال ان
لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة

لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع اي دفع الخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى
الطالب متبرعا كالمحيل اذ افضى الدين فلذلك صح تسليم نفسه قبل الطالب او لم يقبل *
قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف
فالتقييد بقوله لما عليه مفيد لانه اذا لم يقل لما عليه لا يلزم على الكفيل شيء عند محمد رح
واما التقييد بقوله وهو الف فلا يفيد **قوله** وهذا التعليق صحيح لانه تعليق بشرط متعارف
لتعامل الناس اياه وان كان القياس ياباه وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى
نعلا على ان يحذوه البائع مع ان ياباه اضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابها اوسع اولى
وقال الشافعي رح لا يصح هذه الكفالة اي الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال
وتعليق سبب وجوب المال بالاخطار لا يصح كالبيع ولا يصح الكفالة بالنفس ايضا عنده
فلا يصح الكفالتان ولنا ان الكفالة بالمال يشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال ويشبه البيع
انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح
تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الربح ومجيء المطر ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
ومن كفل بنفسه رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن (المال)

(كتاب الكفالة)

قال ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها ولم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه
ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فلم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحم
وقال محمد رحم ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه

المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة فان قيل شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافقة بالنفس
بقاء الكفالة بالنفس على حالها ولهذا الوابراً الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء
المدة في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شيء لان بالابراء انفسخت الكفالة فلم يتحقق
عدم الموافقة حال بقاء الكفالة بالنفس فكذلك ههنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به
لان الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به فصار نظير الابراء فلا يلزمه المال فلنا الابراء
وضع لنفس الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء ينفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت
تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بالنفس ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة
بالمال لان عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق والشرط عدم الموافقة
مطلقا هذا اذا مات المكفول به فان مات الكفيل قبل انقضاء المدة هل يجب المال
دينا في تركة الكفيل اذا مضت المدة في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافى
ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول
يجبر عليه لان لهم حق في ذلك وهو انه لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة *

قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها اي بين صفتها بانها جيدة او ردية وخليفة
او ركنية او لم يبينها ويحتمل ان يكون معنى قوله وبينها اي بين قدر المال بقابان ادعى مائة
دينار او لم يبين قدر الدينار ولم يذكر المائة في دعواه لان صورة المسئلة في اصل رواية
الجامع الصغير رجل لزم رجلا فادعى عليه مائة دينار ولزمه ولم يدع عليه مائة دينار
فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غدا فان لم وافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي به
فلم يوافق به قال عليه مائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق انه له (قوله)

(كتاب الكفالة)

لانه علق ما لا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه و
ان بينها ولا نه لم يصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذالم يجب لا تصح
الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي فتصح الدعاوي على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية *
قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجبر عليها عنده
وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد (فيليق بهما الاستيثاق

قوله لانه علق ما لا مطلقا بخطر حيث قال فان لم او افك غدا فعلي مائة دينار ولم يقل
فعلي المائة التي لك عليه قال الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي رحمه الله لما قال
علي مائة دينار ولم يصف الكفالة الى ما عليه يحتمل انه التزم ما لا ابتداء فيكون رشوة
ويحتمل انه اراد ما على الاصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك
فعلى هذا الوجه لا يصح الكفالة وان بين المدعى به **قوله** ولانه لم يصح الدعوى من غير
بيان قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله اذالم يدع ما لا مقدرا لم يستوجب احضاره
الى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم يصح الكفالة بالنفس فلم يصح الكفالة بالمال
لانه بناء عليه فعلى هذا اذا كان المدعى به معلوما وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف
الكفالة الى المال المدعى به **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقال لا يجبر وفي الفوائد الظهيرية وليس
تفسير الجبر هنا الحبس لكن يا مرة بالملازمة وليس تفسير الملزمة المنع من الذهاب
لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يتعيب واذا انتهى
الى باب دارة واراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه
ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له في الدخول يجلسه في باب دارة ويمنعه من الدخول (و)

(كتاب الكفالة)

كما في التعزير) بخلاف الحدود والخالصة لله تعالى ولا يبي حبيفة روح قوله عدم الكفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تدرى بالشبهات فليق بها الاستيثاق كما في التعزير* ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه قصي عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة

وسيجي تفسير الملازمة في كتاب الحجرات شاء الله تعالى هذا اذا كان حدا للعباد فيه حق كحد القذف وكحد السرقة على قول بعضهم واما الحدود والخالصة لله تعالى كحد الشرب والزنى وكحد السرقة على قول بعضهم فلا يجوز الكفالة فيها وان طابت نفسه اما قبل اقامة البينة فلان احدى الماستحق عليه حضور مجلس الحكم فلم يكفل بحق واجب على الاصل وبعد اقامة البينة قبل التعديل يحبس وبالحبس يحصل الاستيثاق فلامعنى لاختذ الكفيل واما في حد القذف والسرقة فحضور المدعى عليه مجلس الحكم مستحق عليه بنفس الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله كما في سائر الحقوق فاذا كفل عنه كفيل بالنفس جاز*

قوله كما في التعزير اي يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه التعزير فان التعزير محض حق العبد ويسقط باسقاطه ويثبت بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالا موال **قوله** ولو سمحت نفسه به اي ولو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في حد القذف يصح بالاجماع **قوله** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل فان قيل قد قلتم يحبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط (في)

(كتاب الكفالة)

قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما **قال** ومن اخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثيق وبالثانية يزداد التوثيق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولاً اذا كان ديناً صحيحاً مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبني الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة

في الحبس اكثر من اخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيراً له **قوله** لانه دين يطالب به الا ترى انه يطالب به ولازم لاجله ويمنع وجوب الزكوة ويؤخذ من تركته في رواية بخلاف الزكوة لانه ليس بدين بل هو تملك مال مبتدأ حتى لا تؤخذ من تركته فلا يصح الكفالة به وان كان في الاموال الظاهرة ثم قوله دين يطالب به راجع الى الكفالة وقوله ممكن الاستيفاء راجع الى الرهن اي يطالب به فيصح الكفالة لان الكفالة تقتضي ديناً يطالب به ويمكن الاستيفاء فيصح الرهن لان الرهن توثيق لجانب الاستيفاء وانما اورد هذا لان الخراج في حكم الصلوات دون الديون المطلقة وجوبه لحق الشرع كالزكوة فكان ينبغي ان لا يصح الكفالة او الرهن به ولكن في حكم المطالبة بالايفاء والحبس فيه هو بمنزلة الديون فلهذا جوز الكفالة والرهن به والمراد به الخراج الموظف **قوله** لان موجبه التزام المطالبة ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد بالرد وما كانت الكفالة لا لتزام المطالبة لم يلزم من وجود الثاني انتفاء الاول لانه قابل للتعدد الا ترى انهما لو كفلا جميعاً معاً بنفسه جاز فكذا اذا كفلا على التعاقب ثم لو سلم احدا الكفيلين بنفس الاصيل برئ هودون صاحبه وليس هذا كالدين لو كفل به رجل ثم كفل به آخر فقضاة احدهما ببراءة ان وفي التقارب والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد ايهم سلم الاصيل كان كتسليمهم وقال ابن ابي ليلى اذا كفل الثاني برئ الكفيل الاول وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب **قوله** اذا كان ديناً صحيحاً اي الدين الذي لا يسقط (الا)

(كتاب الكفالة)

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجرة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون ديناً صحيحاً ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسبائك (في موضعه) ان شاء الله **قال** والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيه لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبار للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة * ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احدا للغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك فوضح الفرق

الا بالاداء والابراء بخلاف دين الكتابة فانه دين ضعيف لانه يثبت مع المنافي وهو الرق لهذا يستبد المكاتب باسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه *

قوله وعلى الكفالة بالدرك اجماع مثل ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد واصل المحوق في الدرك وقد رما يلحقه من الدرك مجهول **قوله** وصار كما اذا كفل بشجرة بان قال كفلت بما اصابك في هذه الشجرة التي شجك فلان وهي خطأ يصح بلغت النفس اولم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدري قد رما يبقى من اثر الشجرة وهل يسري الى النفس او لا يسري وان كانت عمدا فعلى تقدير السراية يجب القصاص اي شجرة كانت اذا شجها بالآلة جارحة ولا يصح الكفالة في القصاص **قوله** بخلاف المالك اذا اختار تضمين احدا للغاصبين اي بالقضاء او الرضاء لانه اذا ضمن احدهما بالرضاء او بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه وتمليكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك مالم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من احدهما صار المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا اختار تضمين احدهما بل ارضاء وقضاء له تضمين الآخر ايضا *

(قوله)

(كتاب الكفالة)

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملايم لها مثل ان يكون شرط الوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لا مكان الاستيفاء مثل قوله

قوله مثل ان يقول ما بايعت فلانا وانا قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما لان جهالة تمنع صحة الكفالة حتى لو قال ما بايعت احدا من الناس فانا لذلک ضامن لا يجوز لان المكفول عنه مجهول وكذا المكفول به فتباحشت الجهالة وفي الايضاح ولو قال من قتلک من الناس او غصبک من الناس او ما بايعت من الناس فانا لذلک ضامن فهو باطل **قوله** والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فالآية تدل على ان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذ حمل البعير مجهول وعلى ان تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع وشرعية من قبلنا تلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار فان قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان مستاجرا والمستاجر ضامن للاجر سواء كان اصيلا او وكيلا واذا كان ضامنا للاجرة بحكم العقد لم يتصور ان يكون كفिला عن غيره فكان معنى قوله وانا به زعيم انا ضامن للاجر بحكم الاجارة لا بحكم الكفالة قلنا الزعيم الكفيل وامكن حمل الآية على الكفالة بان قال المنادي للعبان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير وانا كفيل بذلك فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لان المنادي كان رسولا من جهة الملك والرسول بالا ستيجار يصلح ان يكون كفिला بالاجر من المرسل فان قبل قد ظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح لمجهول اجماعا والمكفول له مجهول هنا قلنا فيه امران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة الى سبب وجوب المال فانتساخ الاول لا يدل على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة بالدرك وهي مضافة الى سبب الوجوب بالا استحقاق * (قوله)

(كتاب الكفالة)

اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما يصح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق * فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فتحقق ما عليه وصح الضمان به * وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة * فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه * ويصدق في حق نفسه لولايته عليها **قال** وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لا طلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به *

قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه وانما قيد بقوله وهو مكفول عند لانه اذا علق الكفالة بقدم اجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح لان قدوم الاجنبي ليس بميسر تسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار ومعنى قولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة اذا الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيرها **قوله** وكذا اذا جعل واحدا منهما اي من هبوب الريح ومجيئ المطر اجلا بان قال تكفلت الى ان يمطر السماء او تهب الريح الا انه تصح الكفالة اي فيما اذا جعل واحدا منهما شرطا او اجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا لان ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطله الشرط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولانه في الحال تملك مطالبة بلا عوض ولو كان تملك مال من غير عوض كالهبة بالشرط لا يفسد فهنا **اولى قوله** لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال رجل لرجل ما ذاب لك على فلان فهو علي ورضي بذلك الطالب فقال المطلوب لك على الف درهم وقال الطالب لي عليك الفان (وقال)

(كتاب الكفالة)

فان كفلا بامر رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامر * وان كفلا بغير امر لم يرجع بما يؤدى لانه متبرع بأدائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملك المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل

وقال الكفيل مالک عليه شيء فالتقول قول المطلوب وقد لزم هناك على الكفيل ما اقرب به المكفول عنه مع انه لا ولاية له عليه ومع ان قوله ليس بحجة على الكفيل قلنا قال شمس الأئمة السرخسي رح ليس هو الزام على الكفيل بقول المطلوب بل هو ايجاب المال على الكفيل بكفالاته لانه لا قيد الكفالة بالذوب مع علمه ان الذوب قد يحصل عليه باقراة فقد صار ملتزما ذاك بكفالاته *

قوله فان كفلا بامر رجع بما ادى هذا اذا كان الامر هو المكفول عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالديون حتى ان المكفول عنه اذا كان صبيا محجورا وامرر جلابان يكفل عنه فكفل وادى لا يرجع على الصبي اصلا وكذا العبد المحجور اذا امرر جلابان يكفل فكفل عنه فادى لا يرجع عليه الا بعد العتق واذا كفلا عن الصبي الماذون بامر وادى كان له ان يرجع بذلك عليه **قوله** اما اذا ادى خلافه بان كفلا عن رجل بدراهم جيا د واعطى الطالب زيو فار جع بمثل ما ضمنه على الاصيل لانه ملك الدين بالاداء كما اذا ملك بالهبة بان وهب المكفول له ما على المطلوب الكفيل وهبة الدين لغير من عليه الدين يصح اذا سلطه عليه في الجملة او يجعل ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة له فيصير هبة الدين لمن عليه الدين وهو ممكن لان له ولاية نقل الدين اليه با حاله رب الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرفهما او بالارث بان مات الطالب فورته منه وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الاسباب وذلك بان احال على انسان ولم يكن على (المحتال)

(كتاب الكفالة)

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انقعد بينهما مبادلة حكمية **قال** فان لوزم بالمال كان له ان يلزم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبس لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثلته * واذا ابرأ الطالب المكفول عنه واستوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل

المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنانيرا وعروضا عن الدراهم الدين او وهب له المحتال له الدين او تصدق عليه او ورث منه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما قبله من بخلاف المامور باداء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما ادى اذا كان المودى مثل المامور بادائه او دونه حتى ان من امره بقضاء دينه وهو جيار فادى زيوف فتجوز لها من له الدراهم يرجع المامور بالزيوف على الامر ولو امره بقضاء دينه وهو زيوف فادى الجيار يرجع بالزيوف ايضا لان الرجوع هناك بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبار الامر وهو الاداء ففي الفصل الثاني لم يوجد الامر في حق الزيادة وفي الفصل الاول وان وجد الامر لم يوجد الاداء كذا في الذخيرة وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة اي هناك يرجع على المكفول عنه بما ادى وهو خمسمائة درهم لا بما ضمن وهو الف درهم لان الصلح على اقل من جنس حقه ابراء الكفيل فيما وراء بدل الصلح والابراء استقاط فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة وانما قيد بقوله على خمسمائة درهم احتراز اعمال الصالح على جنس آخر من الدنانير والعروض في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الالف التي كفل على ما يجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى *

قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء فان لدان يطالب الموكل بالثمن قبل ان يؤدي والوجه فيه ان الكفيل ملتزم للمطالبة (و)

(كتاب الكفالة)

لان الدين عليه في الصحيح * وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز * كذا اذا اخرا الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل * ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هنا فبخلافه

وانما يتملك الدين بالاداء وقبل الاداء لا ملك له فلا يرجع عليه فاما في باب الشراء فالوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان والوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع فصار كان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره فللمشتري الاول ان يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل ان ينقذ هو الثمن الى البائع الاول *

قوله لان الدين عليه في الصحيح احتراز عما قال بعضهم بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل **قوله** لان عليه المطالبة اي على الكفيل المطالبة دون الدين عندنا وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين ولان الدين بحال فلزم من ابراء الاصيل ابراء الكفيل وليس من ضرورة سقوط المطالبة وهي فرع الدين سقوط الاصل وهو الدين والا يلزم جعل التبغ اصلا والاصل تبعاع لم يلزم من ابراء الكفيل ابراء الاصيل **قوله** وكذا اذا اخرا الى قوله لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد اي فيما بين الاصيل والكفيل فاما الابراء الموقت والمؤبد يفترقان في حق الكفيل فان الابراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده واما الابراء الموقت يرتد برده ويكون الدين عليه حالا لان الابراء المؤبد اسقاط في حقه والاسقاط لا يرتد بالرد واما الابراء الموقت فهو تاخير المطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل الابطال بخلاف الاسقاط المحض **قوله** واما هنا فبخلافه لان تأخير الكفيل بعد ما كفل حالا تأخير المطالبة عن الكفيل (اذا لم يلزم)

(كتاب الكفالة)

فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الي الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئ جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة *

قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداء هلمن المطلوب وانتهاءها الي الطالب لا يكون الا بالايذاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع * وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الي غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايذاء ولو قال برئت قال محمد ربح هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء

اذا ملتزم بالكفالة المطالبة فكان تاخير الملتزم فلا يثبت التأخير في حق الدين لان الدين لم يذكر في معرض التأجيل وامافي هذه المسئلة ذكر الدين في معرض التأجيل اوجب المطالبة عليه ابتداء موجهة ولن يكون عليه موجلا ابتداء الا بعد ثبوت التأجيل في حق الاصيل لان حالة وجود الكفالة لا حق يقبل الاجل الا الدين فبأجل في حقهما *

قوله فإن صالح الكفيل رب المال من الالف على خمسمائة الي آخره المسئلة على اربعة اوجه أن شرط ابراءتهما في الصلح برئ جميعا عن خمسمائة وأن شرط ابراءة المطلوب فكذلك يبرأ ان جميعا وأن شرط ابراءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير وأن لم بشرط في الصلح براءة واحد منهما بان قال الكفيل للطالب صالحك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على هذا وهي مسئلة الكتاب برئ جميعا لان اضافة الصلح الي الالف اضافة الي ما على الاصيل فوجب براءة ته فبرأ الكفيل ضرورة ويرجع (الكفيل)

(كتاب الكفالة)

ثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف ر ح هو مثل الاول لانه اقر براءة ابتداءها من المطلوب واليه الايفاء دون البراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل *

قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدد والقصاص معناه بنفس المحدد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا

الكفيل على الاصيل بخمسائة ان كانت الكفالة بامر له لانه اوفى هذا القدر بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحا عما استوجب بالكفالة اي ما وجب بالكفالة وهي المطالبة صعورته ما ذكر في المبسوط انه لو صالح على مائة درهم على ان يبرأ الكفيل خاصة من الباقي يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا للاصل الدين *

قوله فيثبت الادنى وهو براءة الكفيل بدون الايفاء وذلك لان قوله برئت يحتل البراءة بالقبض ويحتل البراءة بالابراء فقد تيقنا بحصول البراءة باي امر كان وشككنا في الاداء فلا يثبت بالشك وفرق محمد ر ح بين هذا وبين ما اذا كتب الطالب صكا وذكر فيه برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه يكون اقرارا بالقبض عندهم جميعا والفرق هو ان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت البراءة بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة به اقرارا بالقبض عرفا **قوله** لما فيه من معنى التملك وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تملك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتملكات لا تقبل التعليق بالشرط (قوله)

(كتاب الكفالة)

لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل من المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء او المعصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة *

قوله لان العقوبة لا تجري فيها النيابة لانه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر **قوله** وان تكفل عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك فعلي بدله لم يصح **قوله** لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن وهذا لانه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء وانما يستقط حقه في الثمن واذا كان المبيع مضمونا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقيق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما ثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما يمكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقيق معنى الضم فيها ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يمكن الايجاب على الكفيل بمثل ماوجب على الاصيل وفي التحفة الكفالة بامانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح اصلا والكفالة بامانة واجب التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالمبيع والمرهون تصح الكفالة بتسليم العين ومتى هلك لا يجب شيء وفي الايضاح واما العارية فعينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة **قوله** خلافا للشافعي رح لكن بالاعيان المضمونة بنفسها اي بقيمتها قال الشافعي رح لا يصح الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها والكلام فيه راجع الى الاصل الذي ذكرنا ان عند الخصم موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الديون (لا)

(كتاب الكفالة)

ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبل او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبد المخدمة فكنل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا **قال** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ربح يجوز اذا بلغه اجاز لم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في النضولي في النكاح لهما ان فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطرا فلا يتوقف على ما وراء المجلس

لا الا عيان ولا ان من شرط صحة الكفالة ان يكون الكفيل قادرا على الإيفاء من عنده وهذا متصور في الديون ونحن نقول بان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في التزام ما كان مضمونا على الاصيل ورد العين مضمون على الاصيل فصح الالتزام من الكفيل * **قوله** ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض اي بعد دفع الثمن الى البائع او بتسليم الرهن بعد القبض اي كفل بتسليم الرهن عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين وفي الذخيرة والكفالة عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده حتى يقضي الدين وفي الايضاح وان كفل كفيل بتسليم الرهن الى الراهن لانه مستحق على المرتهن رده اذا قضى الدين فان هلك سقط الضمان **قوله** فهو باطل لما بينا اشارة الى قوله لانه عاجز عنه لانه لا ولاية له في الحمل على دابة غيره **قوله** ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة اي في بعض نسخ كفالة المبسوط لانه ذكر هذه المسئلة في الباب الاول من كفالة المبسوط وقال بعد ما ذكر قولهما وهو قول ابي يوسف ربح الاول ثم رجع وقال هو جائز وان لم يكن الطالب حاضرا ثم قال في موضع آخر من هذا الكتاب هو موقوف (عند)

(كتاب الكفالة)

الافى مسئلة واحدة وهى ان يقول المريض لوارثه تكفل منى بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جازلان ذلك وصية فى الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريفا لذمته وفيه نفع الطالب فصاركما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ

عند ابي يوسف روح وفي قوله الآخر حتى اذا بلغ الطالب فقبله جاز كذا فى النهاية وذكر العلامة النسفى فى الكافى اختلفوا على قوله فتقبل عنده تصح بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب بنفذ والا تبطل وقبل جائز عنده بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح لانه تصرف التزام من الكفيل ولا التزام فيه على الغير فيتم بالملتزم وحده كالاقرار ولهذا تصح مع الجهالة ومن جعل الخلاف فى التوقف جعله فرعا للنضولى فى النكاح اذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كانه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لانه شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس لانه عقد تمليك على معنى ان المطالبة لم يكن مملوكة له وملكها بعقد الكفالة والتمليك بالشرطين فكان كلام الواحد شرط العقد وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس *

قوله الافى مسئلة واحدة استثناء من قوله الا بقبول المكفول له فى مجلس العقد اى تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب الاستحسان واما فى جواب القياس فلا يجوز على قولهما فى هذه المسئلة ايضا لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته او لغيرهم لم يصح اذ ضمنوه فكذلك هنا **قوله** لان ذلك وصية فى الحقيقة اى فيه معنى الوصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولا الدين ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال لان يكون ذلك وصية من كل وجه لانه لو كان ذلك وصية لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وجه الاستحسان ان حق الورثة (والغرماء)

(كتاب الكفالة)

ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهر في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح *
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ فيه *

قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح
عند أبي حنيفة رحمهما الله وقالوا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب

والغرماء متعلق بتركته بمرضه على ان يتم ذلك بموته ويتوجه المطالبة على الورثة بقضاء
ديونهم من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب او نائبه لانه يقصد
به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته او يقال انه اي المريض قام
مقام الطالب لحاجته الى ان يقوم مقام الطالب في تفريغ ذمته وفيه نفع الطالب ايضا
وهو وصول حقه اليه فصار كما اذا حضر الطالب وقال للوارث تكفل عن ابيك لي *

قوله ولا يشترط القبول اي قبول المريض لانه يراد به التحقيق دون المساومة وهذا جواب
سؤال مقدروه وان يقال لما قام المريض مقام الطالب ينبغي ان يكون قبول المريض
شرطاً كما يشترط قبول الطالب في مثل هذا لما ان الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له
كما لو قال المشتري لرجل بعني فقال البائع بعث لم يتم البيع حتى يقول المشتري اشتريت
ولا يقوم قوله بعني مكان قوله اشتريت فاجاب ان الظاهر من حال المريض ان يريد بهذا التحقيق
دون المساومة فكان قوله تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة فكان هذا نظير قول الرجل لامرأة
زوجيني نفسك فقالت المرأة زوجت كان هذا بمنزلة قولهما زوجت وقبلت **قوله** ولو قال
المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي دينه اختلف المشائخ رح فيه قال بعضهم لا يصح هذا الضمان
لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء
وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى الدين
بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائماً مقام الطالب لتضييق
الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ به بالقياس (قوله)

(كتاب الكفالة)

ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل وله أنه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففالت عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة

قوله ولم يوجد المسقط وهذا لان الدين كان واجبا عليه في حيوته فلا يسقط الا بالايفاء او بالابراء او بانفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك فلهذا يؤخذ به في الآخرة ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع عن الميت ولو برئ لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع ولو كان بالدين كفيل بقي على كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط من الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل بوجوب براءة الكفيل **قوله** في حق احكام الآخرة اي في حق الاثم **قوله** كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل يعني ان شرط الكفالة بدين قيامه في ذمة الاصيل والدين ههنا غير ثابت وهذا لان الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة اعني فعل تمليك المال او تسليمه الا ترى انه يوصف بالوجوب يقال دين واجب والوجوب صفة الافعال دون الاعيان اذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضي استحقاق الذم والاثم على الاخلال به وهذا انما يتصور في الافعال دون الاعيان لان الاعيان لا تدخل تحت قدرة العباد فلا يتصور الاخلال بتحصيلها منهم ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى ايذاء المال او تمليكه واذا ثبت ان الدين عبارة عن الفعل وأنه يغتفر الى القدرة لان وجوبه بدونها تكليف عاجز ولا قدرة هنا ما بنفسه فظاهروا كذا بخلفه لانه لم يبق عنه كفيل والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند موت المورث مفلسا فكان عاجزا اصلا فيسقط الدين ولا يقال لو كان الدين هو الفعل لما صح قولنا افنى الدين لان معناه حوافي الايفاء لاننا نقول المراد به انه اتى بهذا الفعل وهو تمليك المال او تسليمه فان قيل المال يوصف بالوجوب ايضا يقال على فلان الف درهم ثمن بيع او ضمان استهلاك قلنا يوصف به مجازا باعتبار انه محل الواجب كالموهوب يسمى هبة فان قيل الدين يورث وينعقد نصا بالزكوة ويجوز (ا)

(كتاب الكفالة)

والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل اوله مال فخلفه والافضاء الى الاداء باق *
قال ومن كفيل عن رجل بالف عليه بامر فقضاء الالف قبل ان يعطيه صاحب المال
فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز
المطالبة ما بقي هذا الا احتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي

الشراء به وهبته ممن عليه وهذه احكام الاموال دون الافعال وكذا المسلم فيه دين في الذمة
والمسلم يكون في الاموال دون الافعال والدين المؤجل واجب وكذا الدين على المقضي عليه
بالافلاس والعبد المحجور وان لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر في الذمة
حكما فلا يسقط بالموت كالمال الحقيقي الموضوع في البيت قلنا الدين عبارة عن الفعل
الا ان الشرع اجري عليه حكم الاموال من انعقاده نصا بالارث وجواز الشراء به لكونه
وسيلة الى المال وللشرع هذه الولاية وكذا المسلم فيه فعل له حكم الاموال وهذا يكفي
لجواز السلم فيه واما المقضي عليه بالافلاس واختاه قلنا الفعل واجب على ما هو حقيقة
الوجوب لما ذكرنا ان الوجوب عبارة عن كون الفعل بحالة تقتضي تلك الحالة استحقاق
العقاب على تركه والا خلال به واذا ثبتت هذه الحالة للفعل ولم يكن ثمة عذر مانع
عن استحقاق العقاب على الترك والا خلال به ثبت اصل الوجوب واثرة وهو التكليف
بالاداء لا محالة وان كان ثمة مانع من استحقاق العقاب ثبت اصل الوجوب وتقاعد عنه
اثرة وهو التكليف بالاداء والامر به *

قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين اي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل
فهذا الوافر رجل ان لفلان على فلان كذا وانا كفيل بذلك المال تصح الكفالة وعليه
اداء الدين **قوله** فخلفه والافضاء الى الاداء اي اذا كان به كفيل فخلفه باق واذا كان له
مال فما يفضي الى الاداء باق لانه يستوفى من المال فيجعل باقيه في حق احكام الدنيا والتبرع
به فبيرة صح لان صحة تمليك المال لا يتعلق بوجود الدين على ان صحة التبرع بناء (على)

(كتاب الكفالة)

ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده * وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للمطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا الوا برأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه

على ان الدين باق في حق صاحب الدين لان سقوطه عن المديون للضرورة فيتقدر بتدريها فيظهر في حق من عليه دون من له *

قوله كمن عجل زكوته الى الساعي وكمن اشترى شيئاً بشرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضي الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع لا يملك ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة وثمنا عند مضي الحول وسقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال ليس له ان يسترده **قوله** ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر وهو ما ذكر بعد هذا بخطين بقوله اما اذا قضى الدين فظاهر الى آخره هذا اذا دفع المطلوب المال الى الكفيل على وجه القضاء بان قال له اني لا آمن ان ياخذ منك الطالب حقه فانا اقضيك المال قبل ان تؤد به بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المودى ملكاً للكفيل بل هو امانة في يده لكن لا يكون للمطالب ان يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمودى حق الطالب والمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه كذا في الكافي لكن ذكر في كتاب الكفالة من الكبري قال الحسن بن زياد رح وقال ابو الليث رح هذا اذا دفعه الى الكفيل على وجه القضاء اما اذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد وقال نجم الاثمة المكي رح واليه وقعت الاشارة في باب الكفالة بالمال من الاصل فانه مال الكفيل يكون اميناً **قوله** فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا قلنا ان للمكفول عنه اذا رهن عينا عند الكفيل بذلك الدين يصح ولا رهن الا بالدين ولو ابرأ (١)

(كتاب الكفالة)

الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع * ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بيناه انه ملكه قال واجب الي ان يرد على الذي قضا الكرو ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رح هوله ولا يرد على الذي قضا وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضا بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرد عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لاحتمل ان الحق له *

قال ومن كفل عن رجل بالى عليه بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة

الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه له يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد الاداء * **قوله** الا ان فيه نوع خبث اي على قول ابي حنيفة رح ونبينه وهو قوله في تعليل قول ابي حنيفة رح وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد الى آخره **قوله** لكنه استحباب لانه لو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا ايجابا ولا استحبابا ولو انعدم الملك اصلا كان الربح خبيثا فان كان صحيحا من وجه فاسدا من وجه امزناه بالتصدق او بالرد على المالك استحبابا لا ايجابا توخي را على الشبهين حظهما فاذا رده الى المالك ان كان فقيرا طاب وان كان غنيا ففقد روايتان والاشبه انه يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه واما اذا اعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد رح والله وطاب له عند ابي يوسف رح لما عرف **قوله** ومعناه الامر ببيع العينة اي النسبة والسلف ويقال باعه بعينه اي نسبة كذا في المغرب (١)

(كتاب الكفالة)

مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعته المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشري للمشري وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لانه العاقد * **قال** ر. من كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فقام المدعي البيئ على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينت لان المكفول به مال متضي به وهذا في نظمة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء

اي معنى قوله يتعين عليه حريرا اشتري حريرا بعينه ثم بعد بالنقد باقل منه واقض ديني * **قوله** مثل ان يستقرض من تاجر عشرة هذه صورة بيع العينة فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمه عشرة باثنى عشر لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل اى ربح درهمين وفيه صورة اخرى وهو ان يجعل المستقرض والمقرض بينهما ثالثا في هذه الصورة فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما خلا بينهما ثالثا تحرزا عن شري ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وبيع العينة مكروه ذميم اخترعه آكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين وتبعتم اذنا البقر ذللتهم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم قيل هو ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للضامن اشتري ثوبا لتبيعه في السوق فتقضي بثمنه الدين فان امكنك ان تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فيها ونعمت وان لم يمكن لك الا بالخسران فذلك علي غير ان هذا الضمان باطل لان الضمان (انما)

(كتاب الكفالة)

او مال يقضى به وهذا ما مضى اريد به المستأنف كقوله اطل الله بقاءك والد عوى مطلق
عن ذلك فلا يصح * ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره
فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وانك انت الكفالة بغير امرة
يقضى على الكفيل خاصة وانما يقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم

انما يصح بما هو مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد فيبطل ضمانه
كمن يقول لا خرباع في هذا السوق على ان كل وضبعة وخسران يصيبك فاناله ضامن
وقيل هو توكيل لانه اخرج الكلام مخرج الوكالة ولهذا ذكر في بعض النسخ تعيين لي حريرا
مكان علي لكن التوكيل لا يصح للجهالة اذ الم يبين نوع الحرير ولا مقدار الثمن لان بيع العينة
لا يتحقق الا بازيد من قيمة السلعة وتلك الزيادة مجهولة وان كان الدين معلوما وقد رالدين
مع تلك الزيادة ثمن السلعة فيكون الثمن مجهولا *

قوله او مال يقضى به معطوف على قوله مال مقضى به **قوله** وهذا ما مضى اي قوله
بما ذاب له او قضي له ما مضى اريد به المستقبل كقوله اطل الله بقاءك اي المكفول به
مال يقضى به له على الاصيل بعد الكفالة والمدعي في دعواه ان له على المكفول
عنه الف درهم لم يتعرض ان القاضي يقضى به بعد الكفالة وليس من ضرورة كون الالف
على الاصيل ان يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة ولهذا الواقر الكفيل على الاصيل
بمال الطالب لا يلزمه الا اذا حضر الاصيل وقضى عليه فح يلزم الكفيل وقبل ذلك كانت
على الغائب والبينة على الغائب لا تقبل حتى لو قال الطالب اني قدمت المط بعد الكفالة
الي فلان القاضي واقمت البينة عليه بالف وقضى لي بذلك عليه فصرت كفيلة بذلك
صحت الدعوى حتى لو انكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي
على الكفيل والغائب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو اقر لزوم **قوله** وانما تقبل
اي البينة من المدعي في هذه المسئلة وهي ما اذا اقام البينة ان له على (فلان)

(كتاب الكفالة)

وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء
وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضي له بالآخر واذا قضى بها بالامر
ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير متضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه
تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر به يرجع الكفيل
بما ادعى على الامر وقال زفر ربح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره

فلان كذا وان هذا كقيل عنه بامر لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وهو ما اذا
كفل عن رجل بما ذاب له او بما قضى له فكان المكفول به مالا موصوفا بكونه مقضيا به
على المكفول عنه بعد الكفالة فما لم يجب المال على المكفول عنه بتلك الصفة لا يجب
على الكفيل ثكان دعوى المدعي هناك غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه
فلذلك لم تقبل واما ههنا ادعى المدعي على الكفيل الكفالة بمال مطلق اي غير موصوف
بانه قضى به على المكفول عنه واقام البينة على وفق دعواه فلذلك يقضى به على الكفيل
قوله وانما يختلف بالامر وعدمه اي فيما اذا كان بالامر يقضى به على الاصيل ايضا
وفيما اذا كان بغير امر يقضى به على الكفيل خاصة لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة
انتهاء وبغير امر تبرع محض اذ لا رجوع فيه فاذا ادعى بالمر لم يصح القضاء بغير امر
وذلك غير مشهود به ومن ضرورة القضاء بالامر التعدي الى الغائب والا لا يكون
معاوضة ولان امر الاصيل الكفيل بالكفالة اقرار منه بالمال فيصير متضيا عليه ضرورة
واذا كانت الكفالة بغير امر فليس من ضرورة صحتها التعدي الى الغائب لانها لا تمس
جانب المكفول عنه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل ولو قال تكفلت لي عن
فلان بكل مالي عليه وانه كان لي عليه الف درهم وبرهن على المال والكفالة قضى عليه
وعلى الغائب ادعى الامر ولا الا اذا كان بامر يرجع والا لا والفرق بين هذا وبين
ما اذا قال ان لي على فلان كذا وهذا كقيل عنه واقام البينة قضى على الكفيل (خاصة)

(كتاب الكفالة)

ونحن نقول صار مكذباً بشر ما فبطل ما في زعمه *

خاضعان قوله كفلت عن فلان بالف درهم لك عليه اقرار بوجوبه عليه من جهة الكفيل
وذا كاف لصحته فلا يحتاج الى القضاء على الاصيل واما قوله كفلت لك بكل مال لك
عليه فليس باقرار منه لوجوب شيء عليه لانه لم يقدره الا ترى انه لو كفل هكذا ثم انكر
المال على الاصيل كان القول له فصار تقديره بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شيء
واذا صار معلقا صار القضاء بالمال على الاصيل شرطاً لوجوب المال على الكفيل فصار
القضاء على الكفيل مقتضياً لشرطه ولان في الكفالة المبهمة لما لم يمكن اثبات شيء على الكفيل
الا باثباته على الاصيل انتصب الحاضر خصماً عنه وامكن اثبات المال على الكفيل
فيما اذا كان الكفالة بمال مقدراً فاقصر على الكفيل قال مشائخنا رح وهذا طريق من اراد
اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال وكذا كل
من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصماً عن الغائب
الا ترى ان من قذف رجلاً وادعى المقدوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام
المقدوف عليه البينة انه كان عبداً لفلان وقد اعترفه قضي بعثته لانه ادعى لنفسه حقاً لا يتوصل الى
اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصماً عن الغائب فصار القضاء عليه قضاء على الغائب *

قوله ونحن نقول صار مكذباً بشر ما فبطل ما في زعمه لانه صار مكذباً
ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن لانه صار مكذباً
شراً والفرق لمحمد رح بين هذا وبين ما اذا اشترى عبداً ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة
بعد ما انكر العيب واراد ان يرد على بائعه لم يكن له ذلك مع ان القاضي لما قضى
عليه بالرد بالعيب فقد كذب به في زعمه وهو ان قوله لا عيب فيه نفى العيب في الحال والماضي
والقاضي انما كذب به في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند
البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني *

(قوله)

(كتاب الكفالة)

قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع * ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او يباعا تانا فذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين *

قوله وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم ضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع ومعنى قوله فهو تسليم تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت في البيع يتوقف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس فاذا قبل في المجلس حتى انبرم البيع كان الكفيل بهذه الدعوى ساعيا في نقض ما اوجبه ومن سعى في نقض ما اوجبه من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا **قوله** ولو شهد وختم اي كتب شهادته في صك الشري وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما واقرارا بان المبيع ملك البائع لان البيع كما يوجد من البائع يوجد من غيره ولذا ان يقول انما كتبت شهادتي لاحفظ الحادثة او لا تأمل ان في هذا العقد ضررا فاردة او نفعانا جيزة والشهادة لا تكون مشروطة في البيع ايضا بخلاف الكفالة حتى لو شهد بالبيع عند القاضي وقضى بشهادته او لم يقض حتى ادعى بعده لا يسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات لان العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى الملك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى واما كتابة الشهادة في الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي مجرد اخبار بالبيع ولو اخبر ان (فلانا)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

* فصل في الضمان *

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع (رب المال) نال الضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشترائه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك

فلانا باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه يصح دعواه قال مشائخنا رحمهم الله الجواب المذكور في كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشري او كتب جرى البيع بمشهدى او كتب اقرا بالبيع والشري عندي اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان كذا او هو يملكه او باع بيعا باثنا فذا وهو كتب شهد بذلك فلا يصح دعواه بعد ذلك ومتى كان في الصك باع فلان كذا واقترانه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك تصح دعواه وقوله وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته في صك الشراء يختم في آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة وصيانته عن التغيير والتبديل ولم يبق ذلك العرف في زماننا والحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم ام لا *

* فصل في الضمان *

قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن يعني الوكيل باع ثوبا وضمن الثمن للموكل عن المشتري **قوله** لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه وفي الغوائد الظهيرية لا معنى لهذا التردد لان الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا ولا معنى للقول بان فيه قسمة الدين قبل القبض لا نعقد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين (فكذا)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما
ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل *

قال ومن ضمن من آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جازما ما الخراج فقد ذكرناه

فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قيل انه لو صح الضمان فما
يؤديه الضامن يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك
لان ما يستحق بنصيب احدهما الآخر ان يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار
ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما ادى الا الباقي ثم ونم الى ان لا يبقى شيء وهذا معنى
قول مشائخنا رحمهم الله ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء *

قوله بخلاف ما اذا باع بصفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن
احدهما صاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصنقة اذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما
بعقده يكون له خاصة بلا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما **قوله** وان قبل
الكل اي للمشتري ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد حصته من الثمن وان قبل الكل وذكر
الامام المحبوبي رحمه الله ان كان البيع صفقتين بان سمي لكل نصيب ثمننا صح ضمانه لانه لا شركة
بينهما الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الآخر يصح ولو قبل الكل ثم نقد حصته
احدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الاول **قوله** وما الخراج فقد ذكرناه وهو قوله
والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء ثم قيل المراد
من الخراج الذي تصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف
الامام كل سنة على مال على ما يراه الامام لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام
ما يخرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين وفي الفوائد
الظهيرية اما الخراج فلانه دين كسائر الديون من حيث انه يطالب به من عليه
ويحبس فيه ثم قال كأنه اراد به الخراج الموظف *

(قوله)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الابوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشائخ رح وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي

قوله وهو يخالف الزكوة اي الخراج يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الابوصية وهذا لان واجب الزكوة فعل هو عبادة والمال محل لا قامة ذلك الواجب ثم المال غير مضمون عليه حتى لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة لا تصح بالعبادة ولا باعيان غير مضمونة بخلاف الخراج لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذات من حريم الدين والمحاماة من بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة والكفالة بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك نحوان يقضي القاضي بكري نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فابى واحد منهم من الكري وانفق شريكه باصر القاضي يصير حصة الآبي دينا في ذمته فتصح الكفالة بها لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل وكذا اجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها وكذا ما وظف الامام علي الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال من المال او يحتاج الى فداء اسارى المسلمين فوظف على الناس ما لا اجل ذلك فهو واجب مضمون تصح الكفالة به وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا اختلف المشائخ قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لان الكفالة لا التزام المطالبة بها على الاصيل شرعا ولا شيء هنا على الاصيل شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم فخر الاسلام علي البزدوي رحمه الله تصح الكفالة بها لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة بها لانها شرعت لا لزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وان كان الآخذ في الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من (قضى)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها وحصتها منها والرواية با ووقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه * ومن قال لآخر لك
علي مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمن لك
من فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق أن المقر
أقرب الدين ثم ادعى حق نفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقرب الدين
لأنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقرب بمجرد المطالبة بعد الشهر ولأن الأجل في الديون
عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار

قضى نائبة غيره بأمرة رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بأمرة *
قوله وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها فحينئذ يكون الرواية بالروا وحصتها
منها فيكون ح بين القسمة والنوائب مغايرة والرواية با ووقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر أو ثلثة أشهر والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
بل يلحقه أحياناً ويحتمل أن يقع ويحتمل أن لا يقع وقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد البردعي رحمه الله
أنه قال وقع هذا الحرف خطأ لأن القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون
وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول معناها إذا طلب أحد الشريكين القسمة
من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمن إنسان بها لأن القسمة واجبة عليه وقال بعضهم
معناها إذا اقتسمائهم منع أحد الشريكين قسمة صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمة بسكون
السين وحذف التاء كذا في الفوائد الظهيرية وقيل أراد بالقسمة اجرة الكيال الذي يقسم
الغلة إذا كان الخراج مقاسمة **قوله** والحكم ما بيناه وهو جواز الكفالة فيما إذا كانت
بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة بها اختلاف المشائخ **قوله** لأنه لا دين
عليه في الصحيح احتراز عن القول الآخر بأنه يجب للطالب على الكفيل دين أيضاً
قوله فكان القول قول من أنكر الشرط أي مع اليمين * (قوله)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلاً على الاصيل والشافعي رح
الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه *
قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضي
له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يتض
له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل
وعن ابي يوسف رح انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق

قوله اما الاجل في الكفالة نوع يعني لما كان نوعاً واجب ان يقبل قوله في بيانه لانه لا يدعي
العارض بخلاف الاجل في الدين لانه عارض ولهذا لا يثبت من غير شرط فالقول لمنكر الشرط
والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق
الاول بالثاني هكذا وقع في عامة النسخ وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه وهو ان يقال
والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول وذلك لان
عند الشافعي رحمه الله القول قول المقر في الفصلين جميعاً فكان الاقرار بالدين وهو
المذكور اولاً في الرواية ملحقاً بالثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك انما يستفاد فيما قلنا
ومذهب ابي يوسف فيما يروى عنه على عكس حجة الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان
حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد نوعي الدين فالقول قوله وحجة ابي يوسف رح
انهما تصادق على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة
الآتري ان ادلوا اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه الخيار لما قلنا فكذا
دعوى الاجل **قوله** والفرق قد اوضحناه اشارة الى قوله وجه الفرق ان المقر اقر بالدين
الى آخره **قوله** لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع ولهذا الواجب المستحق البيع بعد
قضاء القاضي له سمح البيع ولو كان الثمن عبداً ناعتقه باع الجارية نفذ حكم القاضي (للمستحق)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل * ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عندا ببحنيقة رح لانه عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك

للمستحق بعد اعتاقه وانما يصير كفيل اذا قضى بالثمن على البائع فقبل ذلك لا كفالة فلا يكون للمشتري ان يأخذ الثمن من الكفيل هذا جواب ظاهر الرواية وهو الصحيح لان الاستحقاق لا ينفي ابتداء البيع فالولي ان لا ينفي البقاء بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها عدم المحلية وجه الورودان بمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق *

قوله وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل وهو ترتيب محمد رحمه الله حيث ابتدأ كتاب الزيادات بكتاب الماذون ثم رتبها الزعفراني على الترتيب الذي هو الآن عليه ومن ابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم عن القاضي دليل النقص فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح النقص حتى لا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخذ العين بحكم الحاكم دليل الفسخ فيفسخ به البيع وعنه ان العقد يفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية للمشتري ان يأخذ الكفيل اذا قضى عليه بالاستحقاق **قوله** فضمن له رجل بالعهد اعلم ان ههنا ثلث مسائل ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص فضمن العهدة باطل بالاتفاق لما ذكر في الكتاب وضمان الدرك جائز بالاتفاق واختلفوا في ضمان الخلاص فعندهما جائز لان تفسيره ضمان تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك وابي حنيفة رحمه الله يقول تفسير ضمان الخلاص تخلص المبيع وتسليمه الى المشتري على كل حال وذلك باطل لانه التزم شيئا لا يقدر عليه **قوله** لان هذه اللفظة مشتبهة (اي)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

وهو تسليم المبيع او قيمته فصيح *

* باب كفالة الرجلين *

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا
بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى واحد هما لم يرجع على شريكه
حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصل
وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصل وبحق الكفالة لان الاول
دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة
ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان ادائه نائبه كادائه

اي لفظة العهدة قد تقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وقد تقع
على العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعقد والعهد واحد وعلى حقوقه
لانها من ثمرات العقد وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرفيق
ثلاثة ايام اي خيار الشرط وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان العهدة يصح ويكون
عبارة عن ضمان الدرك تصحيا للعقد وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه
وابو حنيفة رحمه الله يقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال *

قوله وهو تسليم المبيع او قيمته اراد به الثمن والله اعلم *

* باب كفالة الرجلين *

قوله ثم هو تابع للاول اي الثاني وهو المطالبة تابع للدين لان المطالبة بالدين مبنية على
وجود الدين لان المطالبة بالدين ولادين محال **قوله** وفي الزيادة لا معارضة اي
من كل وجه وفي النصف ايضا لم يكن معارضة حقيقة ولكنه كانت معارضة صورة ولادور
ايضالا لان المؤدي لما نوى عما كان عليه بطريق الاصل بئى صاحبه عن الكفالة فاذا جعل
المؤدي الزيادة من صاحبه لا يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدي (قوله)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

فيؤدي الى الدور واذا اكفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل من صاحبه
فكل شيء اداة احدى هما رجعا على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح
ان يكون الكفالة بالكل من الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان
على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل
وكما تصح الحوالة من المحتمل عليه واذا عرف هذا فما اداة احدى هما وقع شائعا عنهما
اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض

قوله فيؤدي الى الدور لانه لو جعل شيء من المودى من صاحبه فلصاحبه ان يقول
اذا وكادائي فان جعلت شيئا من المودى عني ورجعت علي بذلك فلي ان
اجعل المودى عنك كما لو اديت بنفسك فينضي الى الدور **قوله** ومعنى المسئلة في الصحيح
ان يكون الكفالة بالكل من الاصيل وبالكل عن الشريك يريد به ان معنى ما قال في الكتاب
واذا اكفل رجلان عن رجل بمال كفيل كل واحد منهما عن الاصيل بالكل وكفل كل واحد منهما
عن صاحبه بالكل ايضا وانما قال في الصحيح لانهما لو كفلا بالالف كان الالف منقسما عليهما
بصفتين ثم اذا كفلا احدى هما عن صاحبه فادى احدى هما نصف المال فانه لا يرجع على الآخر
حتى يزيد المودى على النصف لان جهة الضمان قد اختلفت لان نصف المال كان واجبا عليه
بحكم ضمانه بغير واسطة والنصف الآخر كان واجبا عليه بحكم الكفالة الثانية فنزل هذا منزلة
المسئلة الاولى **قوله** والمطالبة متعددة يعني انما يكون كل واحد منهما كفلا عن الاصيل
وكفلا عن صاحبه لان موجب الكفالة التزام المطالبة وهي متعددة مطالبة على الاصيل ومطالبة
على الكفيل وقد التزمهما كل واحد منهما فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما **قوله**
على ما مر اشارة الى ما مر من قوله لان موجب التزام المطالبة وهي متعددة في تعليل قوله
من اخذ من رجل كفلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفلا آخر فهما كفيلان **قوله** وكما تصح
الحوالة من المحتمل عليه اي حوالة المحتمل عليه بما التزم على آخر يصح فكذا في الكفالة (قوله)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادنى (فلا ينقض برجوع الآخر عليه) بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بتأثبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامر **قال** واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل ب كله على ما بيناه ولهذا ياخذ به **قال** واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاء وبجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداة احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادهائه ويجعل كفيل بالالف في حق صاحبه وسند ذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا اصر ف ذلك

قوله بخلاف ما تقدم اي بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما اصيلا في النصف لان دين الاصاله مقدم فلا يرجع حتى يزيد على النصف **قوله** ولا يؤدي الى الدور لانه اذا رجع احدهما على صاحبه بنصف ما ادنى ليس للآخر ان يرجع عليه لان قضيته الاستواء وقد حصل بخلاف ما اذا كان على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بان هناك جعل المودى عن الكفالة يؤدي الى الدور فلا يجعل **قوله** والآخر كفيل ب كله على ما بينا اشارة الى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون كفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك **قوله** لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين وهي مسئلة اول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصاله وما عليه بحق الكفالة وما ذكره من لزوم الدور **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال كاتبكما (على)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

فما اداة احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولورجع بالكل لا تتحقق المساواة **قال** ولو لم يؤد يا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقتهمما وانما جعل على كل واحد منهما احتياالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغني عنه فاعتبر مقابلا برقتهمما فلهذا يتنصف *

على الف الى سنتي الفوائد الظهيرية رجل كاتب عبد بن له كتابة واحدة ثم انما قيد في المسئلة بالكتابة الواحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتباً على حدة فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببذل الكتابة للمولى لا يصح قياساً واستحساناً وهذا العقد صحيح استحساناً والقياس ان لا يصح لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببذل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسدا اذ الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان ان هذا عقد يحتمل الصحة بان يجعل المال على احدهما وعتق الآخر معلقاً بادائه كما في الولد المولود في الكتابة ويجعل كل واحد في حق المولى كان المال كله عليه وعتق الآخر معلقاً بادائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصاله لا بحكم الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما ولكن قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحاً للكتابة فقيموا وراء ذلك العبرة للحقيقة *

قوله فما اداة احدهما رجع على صاحبه بنصفه فان قيل كيف يرجع على صاحبه بنصف ما ادى والمال في الحقيقة مقابل بهما فيكون على كل واحد منهما نصفه فيجب ان لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المودى على ما يخصه كما في مسئلة الدور قلنا انما يرجع على صاحبه بنصف ما ادى تحرزا عن تفريق الصفقة على المولى لان المودى لو وقع عن المودى على الخصوص يبرأ بادائه عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا برئ عما عليه من البذل يعتق والمولى شرط عليهما ان يؤد يا جميعاً ويعتقا جميعاً ونظيره نصراني كاتب عبد بن له نصرانيين على خمير كتابة واحدة فاسلم احدهما انقلب ما عليهما قيمة (قوله)

(كتاب الكفالة ... باب لكفالة العبد وعنه)

وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايها شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدى عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم *

* باب كفالة العبد وعنه *

ومن ضمن من عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسره اذ جميع ما في يده ملك للمولى ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر فصاركما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا

قوله وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايها شاء لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فبقي على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت **قوله** المعتق بالكفالة فان قيل كيف يكون المعتق ههنا كفيلًا ببديل الكتابة والكفالة ببديل الكتابة لا تصح قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة في ابتدائه ببديل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبا على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيلًا عن غير المعتق ببديل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كما في موت الشهود والله اعلم *

* باب كفالة العبد وعنه *

قوله ومن ضمن من عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق اي مالا هذه صفة وهي انه لا يجب عليه حتى يعتق بان اقرباستهلاك مال وكذبه المولى او اقضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يواخذ به في الحال (قوله)

(كتاب الكفالة ... باب الكفالة العبد وعنه)

فان ادعى رقة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول *

قال واذا كفل العبد من مولاة بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر ربح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح الكفالة بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها

قوله فان ادعى رقة العبد وفي الفوائد الظهيرية فان ادعى على ذي اليد رقة العبد فكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته وانما قيد اثبات ملكه باقامة البينة لانه لو ثبت ملك المدعى باقرار ذي اليد او بنكوله عند التحليف وقدمات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما لزم على الاصيل الا اذا اقر الكفيل بما اقره الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر حجة في حق الكفيل **قوله** ومعنى الوجه الاول وهو ما اذا كفل العبد من مولاة بامره ان لا يكون وفي بعض النسخ ان يكون بغير حرف النفي والصحيح من الرواية ان لا يكون لانه اذا لم يكن عليه دين يصح امر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير لا ترى انه يملك ان يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذاله ان يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما اذا كان مديونا لان مولاة صار كالاجنبي عنه حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لا يملك امره بالكفالة واما كفالته عن العبد تصح بكل حال سواء كان العبد مديونا ولا فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماله وهي من ملك مولاة فاي فائدة في هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة لو باصل الدين واستحقاق قضائه من سائر امواله وهذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا ادعى رجل على عبد رجل دعوى فكفل مولاة بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه (قوله)

(كتاب الحوالة)

وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه
فلا تنقلب موجبة ابد اگمن كفيل من غيره بغير امره فاجازة ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة
حر تكفل به او عبداً لانه دين ثبت مع المان في فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز
نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً بنا في معنى الضم
لان من شرطه الاتحاد وبديل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة ر ح لانه كالمكاتب عنده
* كتاب الحوالة *

قال وهي جائزة بالديون قال عليه الصلوة والسلام من احبل على ملي فليتبع
ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة *

قوله وقعت غير موجبة والفقهاء فيه ان الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على
الاصيل الا ان ما يجب للكفيل مؤجل الى وقت ادائه ولهذا الوابراً الكفيل الاصيل
يصح ولا يرجع اذا ادعى الكفيل بعد ذلك فتنين ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن
العبد ممن يستوجب شيئاً على مولاه **قوله** وبديل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة ر ح
لانه كالمكاتب عنده ولا يجوز الكفالة به للمولى ولكن كان ذلك معللاً بالعلة الاولى وهي
قوله لانه ثبت مع المان في لما ان للمستسعى عنده احكام العبد من عدم قبول الشهادة وتزوج
المرأتين والحدود وغيرها ون العلة الثانية لانه لا يرد في حقه التعجيز وسقوط السعاية بالتعجيز *

* كتاب الحوالة *

هي اسم بمعنى الا حالة يقال احلت زيداً بماله علي على رجل فاحتمل زيد به على الرجل
فانا محيل وزيد محال ومحتمل والمال محال به والرجل محال عليه ومحتمل عليه وقولهم
للمحتمل المحتمل له لغو لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتمل حويل كذا في المغرب وهم
في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتمل عليه **قوله** وهي جائزة بالديون
قال مرم من احبل على ملي فليتبع فالامر بالاتباع دليل الجواز (قوله)

(كتاب الحوالة)

وانما اختصت بالديون لانها تنبى عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين **قال** وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتمل والمحتمل عليه اما المحتمل فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتمل عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتمل عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذ لم يكن بامرره **قال** واذا تمت الحوالة بريء المحل من الدين بالقبول وقال زفر ربح لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثيق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثيق باختيار الاملاء والاحسن في القضاء

قوله انما اختصت بالديون لانها تنبى عن النقل والتحويل في الدين لا في العين لان هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي فيظهر اثره في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا اما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج الى النقل الحسي فان قيل يشكل هذا بما اذا كانت الحوالة بغير امر المحيل حتى ان من قال لغيره ان لك على فلان كذا فاحتل بها علي ورضي بذلك صاحب الدين صحت الحوالة ولا يتحقق النقل فيه قلنا يتحقق النقل فيه معنى فان الرجل اذا قال ادبت دينك علي ان لا ارجع علي المديون تكون الحوالة موجودة معنى والمعتبر المعنى دون اللفظ **قوله** وتصح برضاء المحيل والمحتمل صحة الحوالة تعتمد قبول المحتمل والمحتمل عليه ولا تصح الحوالة في غيبة المحتمل في قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب ولا يشترط حضرة المحتمل عليه لصحة الحوالة حتى لو احال عليه رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة وكذا لا يعتبر حضرة لمحيل ولا رضاه **قوله** واذا تمت الحوالة بريء المحيل وللمتاخرين اختلاف في ان الحوالة توجب براءة المحيل من المطالبة (و)

(كتاب الحوالة)

وانما يجبر على القبول اذا انقذ المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا * **قال** ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى

المطالبة والدين ام عن المطالبة دون الدين وانما اختلفوا لذكر محمد رح مسائل تدل على القولين اما من قال توجب البراءة عنهما احتج بما قال محمد رح المطلوب احوال طالبه على غريمه مقيد بما له عليه برئ المحيل ومنها المحيل وهب الدين من المحتال عليه او ابرأه لا يصح بالاجماع ذكره في الجامع وذكر فيه ايضا انها مختلفة بين المتأخرين وذكر في المبسوط عند ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رحمه الله يصح ومنها احوال الكفيل الطالب على آخر برئ هو والاصل ومنها وكل رجلا بقبض الدين فاحال المطلوب الطالب على رجل خرج الوكيل عن الوكالة اما من قال الحوالة توجب البراءة عن المطالبة دون الدين احتج بما قال محمد رح المحتال ابرأ المحتال عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع به على المحيل ومنها المحتال وهب الدين من المحتال عليه فالمحتال عليه يرجع به على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين وان كان يلتقيان قصاصا فيسقط دين المحيل وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل ومنها المحتال ابرأ المحتال عليه لا يرتد بده ولو وهب الدين منه يرتد بده وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل ومنها المحيل لو قضى الدين اجبر المحتال على القبول ولم يكن متبرعا ومنها المحيل لا يصلح وكيله عن المحتال بقبض الدين من المحتال عليه علم ان الدين باق عليه وانما تأخرت المطالبة فصار الحاصل ان الحوالة نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل ان يتوى المال على المحتال عليه وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتال على المحيل فكان محمد رحمه الله اعتبر النقل في بعض الاحكام واعتبر التأجيل في البعض ليكون عملا بهما *

قوله وانما يجبر على القبول اذا انقذ المحيل جواب سوال وهو ان يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه لما اجبر على القبول اذا انقذ المحيل كما لو (تبرع)

(كتاب الحوالة)

لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الاسباب جد يدولنا انها مقيدة بسلامة حقه له
اذ هو المقصود او تنفس الحوالة لفواته لانه قابل للنسخ فصار كوصف السلامة في المبيع *
قال والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف

تبرع انسان بقضاء دينه لانه يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا فان قيل
هو متبرع حال اداء الدين اذ لا دين عليه في الحال نطعا ما ذكرت وهو مثل المتبرع من
بتصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا الاداء قصد
دفع الضرر عن نفسه حيث استطاع من نفسه المطالبة بالحس حال اعساره فلا يكون متبرعا *

قوله لان البراءة حصلت مطلقة اي عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى والحوالة
للتقل والمنتقل من الاوصاف لا يعود ولنا انها مقيدة اي ان البراءة مقيدة بسلامة
حقه له يعني ان الحوالة التي تحصل بها البراءة وان كانت مطلقة لفظا لكنها هي مقيدة
بشرط السلامة فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل فان دلالة الحال تصلح
للتقييد كما اذا اقامت المرأة للخروج فقال الزوج ان خرجت فانت طالق ينصرف
الى هذه الخرجة التي قصدت في الحال حتى لو تعدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق
قوله اذ هو المقصود اي وصول حق المحتال اليه سالما هو المقصود من عقد الحوالة
لانه عقد توثيق فيلحق بحالة ابرام العقد واحكامه لا ابطاله فصار كوصف السلامة في المبيع
بان اشترى شيئا فوجده معيبا يرجع بنتصان العيب وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف
السلامة مستحق للمشتري فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل ولان البراءة
حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم له من المحل الذي انتقل اليه يعود حقه الى المحل
الذي انتقل عنه كما لو اشترى بالدين شيئا وهلك قبل القبض فان حقه يعود في الدين
كما كان فكذا هنا والجامع انها سبب يحتمل النسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة
انفسخت كما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ *
(قوله)

(كتاب الحوالة)

ولا بنية له عليه او يموت مفلسا لان المعجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى
في الحقيقة وقال هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته
وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غادورائهم
قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمنل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي
عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء
دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر (ولا يكون الحوالة اقراراً
منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه) *

قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتبضد لي وقال المحتال لا بل
احلنتي بدين كان لي عليك فاقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر

قوله ولا بنية له عليه او يموت مفلساً ذكر الامام التمر تاشي رحمه الله او يجحد المحتال عليه
الحوالة ولا بنية للمحيل ولا للمحتال او يموت ولم يترك ما لا ولد ينادي ولا كفيلا ولو مات
المحتال عليه فقال المحتال مات مفلساً وقال المحيل بخلافه ففي الشافي القول للمحتال مع اليمين
على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه مال
واو كان حياً فزعم انه مفلس فاقول قوله فكذلك بعد موته اذ زعم الطالب انه مفلس فاقول قوله
مع يمينه على علمه وفي شرح الناصبي القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين
قوله وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما يقال افلس
اي صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي
قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة هما يقولان اعتبر القضاء بالافلاس في اخراجه
من السجن فكذا في حق غيره وابو حنيفة، حمة الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال
غادورائهم فقد يصبح الرجل فقيراً او يمسي غنياً راح خلاف غدا اذا جاء او ذهب رواجاً
اي بعد الزوال والمعنى جاء وذهب او عكسه ثم عود المال الى المحيل بالتوى (لا لتعذر)

(كتاب الحوالة)

ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه *

قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلك بربى لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغضوب لان الفوات التي خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا

لا لتعذر الاستيفاء الا ترى انه لو تعذر استيفاءه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشيء ولا تصور التوى في الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى بخلاف ما بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من ان يكون محلا صالحا للالتزام فثبت التوى بهذا الطريق حكما *

قوله ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة جواب سوال مقدرو هو ان يقال اذا احال فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة فاجاب ان الحوالة تستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد ر ح اذا صار مال المضاربة ديناً على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له احال رب المال على الغرماء اي وكل وتستعمل في نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول من اتهمه مع يمينه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله وتحتل المسئلة معنى آخر وهو ان المحتال اذا استوفى الالف وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان ذلك المتاع ملكي وكنت وكيلاً ببيعه من جهتي والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بيعته لنفسه فالقول قول المحيل ح لان اصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملاً لغيره والتمن انما وجب بالبيع في المحل الذي هو في يده وهو الذي باشره فيكون الثمن واجبا له في الظاهر فلذلك كان القول قوله **قوله** ومن اودع رجلا الف (درهم)

(كتاب الحوالة)

وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة فياخذ منها لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده **قال** ويكره السفاتج وهي فرض استغاده المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استقيد به وقد نهى رسول الله ع من فرض جرتفعا *

درهم واحال بها آخر عليه فهو جائز الاصل ان الحوالة نوعان مقيدة بدين على المحتال عليه او بعين في يده بغصب او ودیعة او غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيد هابدين او عين او يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له ثم المطلقة حالة ومؤجلة * **قوله** وحكم المقيدة في هذه الجملة اي حكم الحوالة المقيدة في جملة ما ذكرناها وهي ما اذا كانت مقيدة بالعين او بالدين والعين اما ان كانت ودیعة او غصبا ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان للراهن بعد ما رهن لا يبقى حق الاخذ من يد المرتهن الا انه يخالف الرهن من حيث ان المحتال له لا يكون اخص بذلك العين او الدين الذي قيدت حوالة به عند موت المحيل من سائر الغرماء بل هو اسوة لهم والمرتهن يكون اخص بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن **قوله** بخلاف المطلقة وهي ان يقول المديون لرب الدين احلتك بالالف التي لك علي علي هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه والعين الذي عنده من غصب او ودیعة لانه لا تعلق لحقه اي لحق المحتال به اي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه او بذلك العين الذي عنده **قوله** بل بذمته اي بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه اي من الدين او عنده من الغصب والوديعة **قوله** ويكره السفاتج السفاتجة تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امرة وفي المغرب السفاتجة بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج وصورتها ان يدفع الي تاجر ما لا قرضا ليدفعه الي (صديقه)

(كتاب ادب القاضي)

* كتاب ادب القاضي *

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في الموالي شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقضى من حكم الشهادة لان كلاهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو تلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا فنسحق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رح وقال الشافعي رح الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عن عامة الناس رح في النواذر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشائخ رح اذا قلد الفاسق ابتداء يصح *

صديقه وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هي ان يقرض انسانا ليقتضيه المستقرض في باد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق فان لم تكن المنفعة مشروطة ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به وهو في معنى الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض ولذلك اوردته في آخر باب الحوالة والله اعلم *

* كتاب ادب القاضي *

القضاء عبارة عن الاحكام لغت قال وعليهما سرور ودان قضاهما وعن الازام شريعة وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله والسنة فانه عليه السلام قضى وولى عليا ومعانا والاجماع والمعتول نفى القضاء بالحق اظهار العدل وبدا قامت السموات والارض ودفع الظلم من الجاهل وهو ما يدعي حواله عقل كل عاقل وانصاف المظلوم والمظلوف والنهي عن المنكر والامر بالمعروف ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء *

قوله حتى يجتمع في الموالي على لفظ اسم المفعول ليكون في دلالة على تولية غيره اياه بدون طلبه وهو الاول للقاضي على ما يجزي ان شاء الله تعالى **قوله** فلان حكم القضاء يستقضى من (حكم)

(كتاب ادب القاضي)

ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عد الله فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبرة غيره مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذارا عن النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكن ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو اصال الحق الى مستحقة وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عم من قلد انسا نا عدلا وفي رعيته من هوا ولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس

حكم الشهادة اي يستدلان كل واحد منهما من باب الولاية لان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء الغير او ابى فالشهادة والقضاء كذلك وانما قلنا ان حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة ان الشهادة بمنزلة الاصل والقضاء كالتابع لهما الا ترى انه بنى عليها *

قوله ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عد التدفيع تقييد التقليد بحال عد الله فصار كانه علق بقاء قضاء القاضي بحال عد التدفيع ففسق لم يبق التقليد لارتفاع العدالة وكما يصح تعليق القضاء والامارة بالشرط بان يقول السلطان لرجل ان اقدمت بلاد كذا فانت قاضيها او يقول لرجل ان اتيت مكة فانت امير الموسم فكذلك يصح ايضا تعليق عزل القاضي بالشرط

قوله وفي حد الاجتهاد كلام واضح ما قيل فيه ان يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وان يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس

قوله وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه اي منسوب الى علم الحديث لزيادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه ايضا وليس هو بقدر علمه بالحديث او صاحب فقه له معرفة (با)

(كتاب ادب القاضي)

لان من الاحكام ما يبتني عليها **قال** ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضه تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف * **قال** وبكرة الدخول لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكرة بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عم من جعل على القضاء فكا نماذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمه فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الامانة الا اذا كان هواهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفرض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد *

بالحديث اي منسوب الى الفقه ولكن له علم بالحديث ايضا وليس هو بقدر علمه بالفقه * **قوله** لان من الاحكام ما يبتني عليها اي على عادات الناس كالا ستصناع يجوز عرفا ويترك به القياس **قوله** لانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا لما ان ادنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلوة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك الا ان فيه خطرا عظيما وامرا مخوفا لا يسلم في بحره كل سابع ولا ينجو منه كل طامع الا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده وعن هذا اختار كثير من الصلف التعذيب البليغ ولم يختره الا ترى ان ابا حنيفة رح دعي الى القضاء ثلث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف رح لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رح نظرا الغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبس البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكانى بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قضى قيد وحبس واضطر فتقلد **قوله** كيلا يصير شرطا اي كيلا يصير الدخول في القضاء شرطا لمباشره القبيح لانه قبل القضاء لا يمكن من اجراء الظلم على غيره او ارتكاب قبيح آخر لعجزه وخوفه فلما ولي القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته وولايته فيصير الدخول في القضاء شرطا لارتكابه **قوله** وكانما (ذبح)

(كتاب ادب القاضي)

قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسأ لها لقوله ع م من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولا ان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضه تقلدوا من معاوية رضه والحق كان بيد علي رضه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائراً الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المتصو لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه *

ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهرة جاه وفي باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه فقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقى رأسه بين يديه *

قوله وينبغي ان لا يطلب الولاية اي بقلبه ولا يسأ لها اي بلسانه **قوله** وكل الى نفسه اي فوض امره الى نفسه ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير منصوب لان النفس امانة بالسوء وانما كان كذلك لان من سال القضاء فقد اعتمد فقهاء وورعه وذكاءه فصار معجبا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق فاما من اكره عليه فقد اعتمد بحبل الله تعالى وتوكل عليه وقال الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ويوفق للصواب **قوله** في نوبته اي في نوبة علي رضي الله عنه وانما قيد به احترازا عن مذهب الروافض فانهم يقولون كان الحق في يد علي في نوبة ابي بكر وكذلك في نوبة عمرو وعثمان رضي الله عنهم وقال ولكن ما قاعة باطل الاجماع على صحة خلافة الخلفاء الراشدين ولو كان الامر على ما قاله الروافض لكان اجماع الامة على باطل ولا يجتمع الامة على باطل ولم يرو من علي رضي الله عنه ولا من غيره مخالفة ذلك الاجماع (قوله)

(كتاب ادب القاضي)

قال ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيره لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدبيرا لاتمولا ويبحث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسا لانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة منها كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لالزام *

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظر اذ من اعترف بحق الزمدايا لان الاقرار ملزم ومن اكرم يقبل قول المعزول عليه الابينة لانه بالعزل التحق بالرايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كان على فعل نفسه * فان لم تقم بينه لم يعجل بتخايمته حتى ينادي عليه وينظر في امرة لان فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الموقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة ويعترف به من هو في يده لان كل ذاك حجة

قوله يسأل ديوان القاضي الذي قبله ديوان القاضي الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك ونصب الاوصياء والقيم في اموال الوفاق وتقدير النفقات وهذا لان القاضي يكتب نسختين احدهما تكون بيد الخصم والاخرى تكون في ديوان القاضي لانه ربما احتاج اليه لمعنى من المعاني وما يبد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان ويبحث رجلين من ثقاته ليقبضا ديوانه بحضرة القاضي المعزول او امينه والواحد يكفي والاثنان احوط ويسألان القاضي الاول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في اموال اليتامى يجعلونه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج الى نسخة منها فاما القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع في خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى تفتيش جميعها وانما يسألان القاضي المعزول وان لم يكن قوله حجة لاحتياجه بواحد من الرايا لينكشف لهما ما اشكل عليهما **قوله** حتى ينادي عليه اي يا مرمنا ينادي عليه (كل)

(كتاب ادب القاضي)

ولا يقبل قول المعزول لما بيناه الا ان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها
لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالقرار لغيره
فيسلم (ما في يده) الى المقر له الاول لسبق حقه **قال** يجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشبه
مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح بكرة الجلوس
في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا
قوله م انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله م يفصل الخصومة في معتكفه
وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز
اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهرة فلا يمنع من دخوله والحائض
تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها والى باب المسجد ويبعث من يفصل بينها وبين خصمها *

كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الغلاني بحق فليحضر حتى
يجمع بينه وبينه فان حضر والا فمن رأى القاضي ان يطلقه ينادي عليه كذلك اياما
فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر تانى عليه اياما على حسب
ما يرى القاضي فان لم يحضر خصم اخذ منهم كفيلة بانفسهم واطلقهم *

قوله ولا يقبل قول المعزول لما بينا اي لا يقبل قول المعزول ان المال الذي في يد زيد
يكون لعمر ولانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا الا ان يعترف الذي في يده المال ان
المعزول سلمه اليه لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده
في الحال لان من في يده مال اذا اقر بذلك المال لانسان يقبل اقراره الا اذا بدأ باليد
بالاقرار لغيره فيقول هذا المال لفلان بن فلان غير الذي اقره القاضي المعزول ثم قال دفعه
الى القاضي المعزول فيسلم الى المقر له الاول لسبق يده ثم يضمن للقاضي المعزول
قيمة ذلك العين او مثله باقراره ان اليد كانت له فبدأ أخذ المعزول ويسلم الى الذي
قر القاضي له ولو بدأ بالدفع فقال دفعه الى القاضي المعزول وهو فلان آخر فانقول قول (ا)

(كتاب ادب لقاضي)

كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في دارة لا باس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة *

قال ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم او ممن جرت عاداته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصبر آكلا بقضائه حتى لو كانت للتقريب خصومة لا يقبل هديته ايضا وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لا لاندلاجل القضاء فيتحماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامتلا ان الخاصة لا جل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح اند يجيبه وان كانت خاصة كالهديته والخاصة ما لعلم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها *

المعزول ويومر بالدفع الى من اقره القاضي المعزول ولم قال صاحب اليد دفعه الى القاضي المعزول وقال هولغلان بن فلان او قال دفعه الي ولا ادري لمن هو فالمولى يقبل قول المعزول ولو انكر ذواليد ما قاله المعزول كله القول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول فيه *

قوله كما اذا كانت الخصومة في الدابة فانه يخرج القاضي لسماع الدعوى وسهادة الشهود والاشارة اليها **قوله** لان في جلوسه وحده تهمة وهي تهمة الظلم والرشوة **قوله** ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما لم يفصل في الدعوة الخاصة بين ان يكون

الداعي اجنبيا او ذارحم محرم منه وقال في فصل الهدية لا يقبل الامن ذي رحم محرم منه فلا بد من التأويل بين المسئلتين قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان ذارحم محرم لم يجز بينهما الدعوة والمهاداة صلة للقرابة وانما احدث بعد القضاء فاذا كانت

الحالة هذه فهو الاجنبي سواء في هذا وما ذكر في الهداية انه يقبل من ذي رحم محرم فهو محمول على انه كان جري المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة فاذا اهدى اليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول هكذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زادة رح وفي مبسوط شيخ الاسلام الا ان يكون المضيف خصما فينبغي ان لا يجيب دعوته وان كانت عامة (قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال ء م للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين * ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي ء م نهى عن ذلك ولان فيه تهمة **قال** واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله ء م اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقيه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فترك حقه * ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه * ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء **قال** ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول لدا تشهد بكذا وكذا وهذا لانه عائد لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف ر ح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل *

* فصل في الحبس *

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المما طلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مما طلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره

قوله ويعود المريض هذا اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي ان يعود لان ذلك يؤدي الى ايداء الخصم الآخر الى التهمة قال عليه السلام على المسلم ستة حقوق ان ترك شيئا منها فقد ترك حقوا جبا عليه اذا ادعوه ان يجيبه واذا مرض ان يعود واذا مات ان يحضره واذا القيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته **قوله** ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه فيه اشارة الى انه لو اضا فهما جميعا فليس به بأس وفي المبسوط لا ينبغي ان يضيف احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه

* فصل في الحبس *

(قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجلة *

قال ولا يحبس فيه ما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسلتان تويدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رح ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينه فيما كان القول قول من عليه

قوله ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك وهو اختيار الخصاف رح ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو اختيار ابي عبد الله البلخي وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويؤيد هذين القولين مسئلان احدهما ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج انه معسر اتمسكه بالاصل وثانتهما ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر فالقول للمعتق فهاتان المسئلان تخالفان القول الاول لان فيهما التزاما ما اذا قدمه على النكاح والاعتاق اماره قدرته على النفقة والضمان كما في المهر والكفالة **قوله** والتخريج على ما قال في الكتاب يعني تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا تردان نقضا على ما قال في الكتاب في ظاهر الرواية حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقدان الحبس فيما يكون دينا على المدعي عليه مطلقا وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلقا حتى يسقط بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله * (قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور مظلته في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر
ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقد ربما ذكره و يروي غير ذلك
من التقدير بشهرا واربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير منغوض الى رأي القاضي
لاختلاف احوال الاشخاص فيه * فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة
لانه استحق النظر الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه
قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشائخ رح قال في الكتاب خلى
سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى *

قوله يحبسه شهرين او ثلثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة رح في كتاب الحوالة وروي
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يحبسه ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر وذكر الطحاوي
رحمه الله انه يحبسه شهرا وقيل انه ارفق الاقاويل في هذا الباب لان ما زاد على الشهر
في حكم الآجل وما دونه في حكم العاجل والصحيح ان التقدير منغوض الى رأي القاضي
لاختلاف احوال الاشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه حتى اذا مضت عليه ستة
اشهر ووقع عند القاضي انه متعنت يديم الحبس وان مضى شهرا ودونه ووقع انه عاجز
اطلقه وهكذا روي عن محمد رحمه الله **قوله** ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة
تقبل في رواية وكيفية الشهادة على الافلاس حكى عن ابي القاسم انه قال ينبغي ان يقول
اشهد انه مفلس معدم لانعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلة وقد اخبرنا امره
في السر والعانية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشائخ **قوله** قبل المدة اي
قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي بمدة او تقدير الطحاوي او غيرها وفي الذخيرة
فان اخبر عن اعساره قبل الحبس واحد عدل او اثنان او شهد بذلك شاهدان فعن
محمد رحمه الله فيه روايتان في روايته قال لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الامام الجليل
ابوبكر محمد بن الفضل رحمه الله وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمه الله (و)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعبد **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحودود والقصاص * الا اذا امتنع عن الاتفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

وهكذا قال نصير بن يحيى وقال ابو بكر الاسكاف وعامة مشائخ ما وراء النهر ان القاضي يحبس ولا يلتفت الى هذه البينة وهذا لان البينة على الاعسار بينة على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد وبعد ما حبس ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد لان الظاهر انه لو كان قادرا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس **قوله** وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عنه الى آخره وانما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لان رواية الجامع الصغير من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في اول هذا الفصل انه اذا ثبت الدين على المديون بالانترار لا يحبسه في اول الوهلة بخلاف ما اذا ثبت الدين بالبينة وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي بحواز الحبس متصلا بافراة حيث قال يحبسه ثم يسأل عنه فثبت التناض بين الروايتين فذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثم ذكر تأويله بقوله ومراده اذا اقر عند غير القاضي الى آخره ازالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر **قوله** والحبس اولا ومدته اي بينا الحبس اولا ومدته فلا نعبد **قوله** ولا يحبس والد في دين ولده وكذا الام والجد والجدة ويحبس الوالد في نفقة ولده وفي الذخيرة فكل من اجبر به على النفقة فابى حبسه ابا كان او اخا او جد او جدة او زوجا لان في ترك الاتفاق عليهم سعي في اهلاكهم ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد **قوله** لسقوطها بمضي الزمان اي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان اما الدين لا يسقط بمضي الزمان فافتراق في حق هذا الحكم فيفترقان في حق الحبس ايضا والله اعلم (باب)

(كتاب القضاء ... باب كتاب لقاضي الى القاضي)

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عند الحاجة على ما نبين * فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعى سجلاً وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجواز مساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغضوب

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة قيد بالحقوق لما في الاعيان المنقولة اختلاف اذا شهد به على البناء للمفعول عنده اي عند القاضي المكتوب اليه للحاجة على ما نبين وهو ما ذكره بعد وجواز مساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما ان اكثر الناس يعجزون عن اداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه قيل المراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل وكيلاً لاثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيلاً عنه في الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعي عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي الى قاض آخر لان حكم القاضي قد تم ويحتمل ان يكون الخصم هو المدعي عليه وان يكون مراده بيان ان هذا الكتاب هو المدعى سجلاً لانه يكتب الى قاض آخر او كان المدعي به مبيعاً فاراد المدعي عليه الرجوع على بائعه وهو في بلدة اخرى (فطلب)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف
لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف ر ح انه يقبل في العبد دون الامنة لغلبة الاباق فيه
دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد ر ح انه يقبل في جميع ما ينقل
ويحول وعليه المنأخرون رحمهم الله **قال** ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل
وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة

فطلب من القاضي ان يكتب بحكمه الى قاضي تلك البلدة وقوله في الحقوق يندرج
تحت الدين والنكاح فان قيل الاشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي الى القاضي
فيما يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل او المرأة وهو
ليس بمدعى به انما المدعى شيء آخر فصار النكاح نظير الدين في الذمة والاشارة الى العزيز
شرط ومع هذا جاز كتاب القاضي فيه كذا هنا *

قوله والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة انما قيد الامانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة
الدين اذ لو لم تكن مجحودة لكان من جدالة الاعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها
قوله بشرائط تعرف في موضعه وهي ان يتيم المدعى البينة انه كان له عبد فابق وهو اليوم
في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمه والدار التي جلب
منها فاذا كتب وختم على ما يجي وبعد ورود الكتاب على المكتوب اليه احضر ذلك
القاضي المدعى عليه والعبد وفك الكتاب ونظر في العبد وفي الكتاب فان وافق حلية
العبد ما في الكتاب ختم في عنق العبد بالرصاص ودفعه الى المدعى من غير ان يقضي له بالملك
واخذ منه كفيلا وامره بان يذهب به الى القاضي الكاتب فاذا ذهب به اليه امره القاضي
الكاتب باعادة البينة على ان هذا العبد بعينه ملكه فاذا اعاد يقضي القاضي الكاتب به له ثم
يكتب الى قاضي تلك البلدة ان يبرئ كفيله وفي بعض الروايات عن ابي يوسف ر ح (ا)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله التي القاضي لان الالتزام بالشهادة لا بالتركية *

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغير وهذا عند البيهقي ومحمد رح لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رح آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهد هم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واحتار شمس الائمة السرخسي رح نول ابي يوسف رح * فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب

ان القاضي لا يقضي بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى القاضي المكتوب اليه ويكتب فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد معه اليه حتى يقضي له بالعبد بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل وكتاب القاضي الى القاضي في الجواني كذلك غير ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعث بهامعه على يدي امين لانه لو دفعها اليه لم يمتنع من وطئها وان كان امينا في نفسه لانه يزعم انها مملوكة عنه محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المناخرون وقال الشيخ الامام القاضي المنتسب الى اسبجواب وعليه الفتوى *

قوله بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم لان كتاب ملك اهل الحرب ليس بملزم فان الامام بالخيار ان شاء اعطاه الامان وان شاء لم يعطه فلا يشترط البيئة **قوله** ويسلمه اليهم اي الى الشهود وعمل القضاة اليوم انهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول ابي يوسف رحمه الله وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة رح (يسلم)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

لانه للنقل لا للحكم **قال** فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ر ح وقال ابو يوسف ر ح اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص ر ح لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبارة قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معروف

يسلم المكتوب الى الشهود كذا في النهاية وقال كذا وجدت بخط شيخني ر ح * **قوله** لانه للنقل لا للحكم وهذا لان الشهادة في حق الكاتب للنقل فلا يحتاج فيه الى حضور الخصم وفي حق المكتوب اليه للحكم فلا بد من حضور الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة عليه اولان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان القاضي الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارته ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضور من الخصم فكذا هنا **قوله** ربما يحتاج الى زيادة الشهود لعدم ظهور عدالة هؤلاء وانما يمكن اقامتها اذا كان الختم باقيا **قوله** حتى لو مات او عزل قبل وصول الكتاب لا يقبله وفي الذخيرة واذا مات القاضي الكاتب قبل ان يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل عندنا وقال ابو يوسف رحمه الله في الامالي وهو قول الشافعي يعمل وكذلك الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه قبل القراءة لان وجوب القضاء على المكتوب اليه انما يكون عند القراءة فقبل القراءة لم يكن النقل تاما فيبطل (با)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشا ئخنا ر ح لانه غير معرف
ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة
ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما *

* فصل آخر *

وبجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه
وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء
دون التقليد به فصار كوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه
على شرف الغوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالا استخلاف دلالة ولا كذلك القضاء
ولو قضى الثاني بمحض من الاول

بالموت فاما اذ مات بعد وصول الكتاب والقراءة فان المكتوب اليه يعمل به هكذا ذكر في ظاهر الرواية *
قوله بخلاف ما لو كتب ابتداء اي كتب من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى من
يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلي بالقضاء واهما ان اعلام الكاتب والمكتوب
اليه شرط ويحصل الا اعلام بهذا والله اعلم *

* فصل آخر *

قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها
وقد مر الوجه وهو ما قال في اول الكتاب فلان حكم القضاء يستقن من حكم الشهادة لان
كلوا حد منهما من باب الولاية **قوله** ولا كذلك القضاء لان القضاء غير موقت لا يغتربا خيرة
صدا العذر والجمعة موقتة تغتربا خيرة عند العذر اذا لم يستخلف ومن ولاية لما امره بذلك
مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادا ئها ئ الوقت فقد صار راضيا باستخلافه (قوله)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي القاسمي ... فصل آخر)

او قضى الثانى فاجاز الاول جاز كما فى الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط
واذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله
(الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح) **قال** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم
امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه

قوله او قضى الذانى أي بغية الاول فاجاز الاول كما فى الوكالة فان الوكيل اذا وكل غيره
ولم يأذن له الموكل في ذلك فعقد وكيله بحضرته او بغير حضرته واجاز الوكيل الاول حاز
لان المقصود حضور رأي الاول وقد وجد وان قيل الاحازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
وانه لا يملك الاذن في الابتداء فلما اذ يملكه في الانتهاء فلما اذ يملكه في الانتهاء فلما اذ يملكه في الانتهاء
رأي القاضي وقت نفوذه اما حكم الدي اذن له القاضي في الابتداء قضاء لم يحضره
رأي القاضي وقت نفوذه فلماذا علمت اجازة القاضي في الانتهاء ولم يعدل اذنه في الابتداء
واذا فوض اليه ذلك أي الاستخلاف بان قال له الخليفة ول من شئت كان له ان بولي
غيره ويصير الثانى نائبا عن الاصل أي الخليفة حتى لا يملك القاضي الاول عزله
ولا ينغرل بموته الا ان يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل من شئت فحنث يملك
عزله وانما يكون هكذا لان الخليفة امارضي تصرفه له ديانة وامانة والناس يتفاوتون في ذلك
ولهذا قلنا ان الوكيل لا يملك التوكيل ولا يلزم على ما ذكرنا الوصي فانه يملك التفويض
الى غيره توكيلا وايضا لاننا نقول ان اوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي
على الجري على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته
من غيره ولا يلزم وكيل المضارب في الشراء بمال المضاربة حيث ينغرل بموت المضارب ولا ينغرل
وكيل الوكيل بموت الاول لان المضارب بمنزلة رب المال من وجه ولهذا لم يملك رب المال
نهيه عن التصرف في مال المضاربة بعد ما صار مال المضاربة عرضا ولا كذلك الوكيل الاول
قوله الا ان يخالف الكتاب كما اذا قضى قاض بشاهد وبمبين فانه يخالف الكتاب لانه تعالى (قال)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لا قى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد غير لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمده به نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا فيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء ييقن وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكر والمراد بالسنة المشهورة منها

قال فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ومثل هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه ولانه قال ذلك ادنى ان لا يرتابوا ولا مزيد على الادنى او السنة اي المشهورة منها كالحكم بنبوت الحل بنفس العقد بدون الوطى فانه يخالف الحديث المشهور وهو حديث رفاعه لاحتى تذوق من عسيلته وذوق من عسيلتك او الاجماع كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمدا فانه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذا خلاف ولا اختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فالحكم بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا ينفذ لان الخلاف فيه محكي من ابن عباس رضى الله عنهما وقد انكرت عليه الصحابة رضى الله عنهم ذلك فلا يعتبر خلافا له لرد الجمهور عليه *

قوله وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفائدة رواية الجامع الصغير ان الذي قضى به القاضي مختلف فيه بين الفقهاء والقاضي الآخر يرى غير ذلك ومع ذلك امضاه ولم يكن هذه الفائدة في رواية القدوري فلهذا جمع بين الرويتين هذا دابه في امثاله **قوله** والاصل ان القضاء متى لا قى مجتهدا فيه ينفذ ولا يرد هبة فقد صح عن عمر رضى الله عنه انه لما كثرت اشغاله قلد القضاء ابا الدرداء رضى الله عنه فاخصم اليه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضى الله عنه المقضي عليه فسأله (عن)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف

من حاله فقال قاضي علي فقال لو كنت مكانه لتقضيت لك فقال المتقضي عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر ليس هناك والرأي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بتضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقبل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي ولان الاجتهاد الثاني كالاول والاول تأيد باتصال القضاء الاول به فلا ينتقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع فيجب صيانتة ومن صيانتة ان لا ينتقض ولا يعترض عليه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لما ذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا فيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه بزعمه وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وفي الفصول محالا الى المحيط والذخيرة واذا قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوزوا انما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا هو ظاهر المذهب *

قوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف لا اختلاف يقال جمهور الناس اي جلهم واكثرهم يعني ان الاجماع ينعقد باجماع اكثر اهل الاجماع على حكم وان كان الاقل منهم بخالفهم لان العبرة للاكثر هذا بظاهرة بخالف ما ذكره في نسخ اصول الفقه ان الاجماع لا ينعقد بمخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هذا لا يكون اجماعا لان ذلك المخالف لو كان حيا للمحال لم ينعقد اجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان ميتا لان اعتبار قوله لدليله لا بحبونه وبموته لا يبطل دليله كذا في التقويم وغيره وهذا نص منهم على ان الاجماع لا ينعقد اذا كان المخالف حيا وان كان (و)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول *

وان كان واحدا و ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول الفقه وكان الكرخي رحمه الله يقول شرط الاجماع ان يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع اكثرهم على شيء وخالفهم واحدا واثان لم يثبت حكم الاجماع وهذا قول الشافعي رحمه الله ايضا لان النبي عليه السلام قال اصحابي كالجوام بايهم اقتديتم اهتديتم قلنا ولا بد من التوفيق بين المذكور في نسخ اصول الفقه من اعتبار مخالفة البعض وبين المذكور ها ووجهه ان الماد كور في تلك النسخ فيما سوغوا للمخالفة الاجتهاد ولم يكرروا عليه والمد كور ها فيما لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه وتؤيد ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول الفقه والاصح عندي ما اشار اليه ابو بكر الرازي رحمه الله ان الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضوان الله عليهم في زوج وابوين وامرأة وابوين بان للام ثلث جميع المال وان لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس في حل التعاقل في اموال الربوا فان الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى روي انه رجع الى قولهم وكان الاجماع ثابتا بدون قوله *

قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فقال في الذخيرة انما اعتبر الخصاص رحمه الله الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن معهم من بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي والعبرة بالحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المنتقى يشير الى ان العبرة لاشتباه الدليل بالحقيقة الاختلاف الا ترى ان القاضي لو قضى بابطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حدا وقصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يري خلاف رأيه فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق (نقض)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي إلى القاضي ... فصل آخر)

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند البيهقي
و كذا اذا قضى باحلال

نفاذ قضاء الاول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لانه لم يبلغنا الاختلاف فيه
وانما طريقه ان القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة وظاهر قوله تعالى
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ
وانه وان ورد في باب المدائنة الا ان العبرة عندنا للعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولم يرد نص
قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود
نفذ قضاءه لان المسئلة مختلفة فيها فمالك وعثمان البستي كانا يشترطان الاعلان لا الشهادة حتى
لو حصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر نكاحهما لان الموضوع موضع
اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة *

قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند البيهقي رحمه الله
فمن صور التحريم ما اذا ادعت المرأة على زوجها انه طلقها ثلثا وافادت على ذلك شهود زور وقضى
القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول البيهقي وهو قول ابي يوسف
الاول رحمهما الله لا يحل للزوج الاول وطئها ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثاني وطئها ظاهرا وباطنا علم
بحقيقة الحال ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني احدا شاهدين اولم يعلم بحقيقة الحال
بان كان الزوج الثاني اجنبيا ما على قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد رحمهما الله لا يحل
للثاني وطئها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال
يحل له وطئها وهل يحل الاول وطئها على قول ابي يوسف الاخر قيل لا مع انه لم تقع الفرقة عنده
باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان على قول
ابي يوسف الاخر يحل للاول وطئها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطئها ما لم يدخل بها الثاني
فاذا دخل بها الثاني الآن لا يحل للاول وطئها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال (او)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ
بشهادة الزور وقد مرت في النكاح *

اولم يعلم ومن صور الاحلال رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد واقام عليها
شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في قوله الاول وعند محمد وابي يوسف في قوله
الاخر لا يحل لهما ذلك وهو قول زقرو الشافعي رحمهم الله ويعني بالنفاذ ظاهرا ان يسلم
المراة الى الرجل ويقول سلمي نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطئها ويحل
لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء
بها ظاهرا لا باطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجّة وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف ينفذ باطنا
فصار كما لو كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف والمشهود له يعلم حالهم والقاضي
لا يعلم فان قضاءه ينفذ ظاهرا لا باطنا وكما لو قضى بنكاح منكوحة الغير او معتدة الغير بشهود الزور فانه
ينفذ ظاهرا لا باطنا اجماعا وله ان القضاء اظهر لعقد سابق ولا بد من عقد سابق فيها والاقدم العقد
اقتضاء ضرورة صحة الاظهار لينقطع المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا
يكون هذا تمهيدا للمنازعة بينهما لا قطعاً فان قيل لو كان قضاؤه متضمنا لانشاء العقد سابقا فليس شرط
الشهود عند قوله قضيت قلنا قد قال شمس الائمة السرخسي رح وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده
بقوله قضيت الا بمحضر الشهود وقيل يصح النكاح بغير محضر منهم لانه انما يثبت مقتضى
صحة قضاؤه في الباطن وما يثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق
عبدك عني على الف بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف
لان الوقوف على هذه الاشياء ممكن فلم يصير شهادة هؤلاء حجة من كل وجه فاعتبر حجة
ظاهرا والوقوف على حقيقة الصدق متعذر فبني الامر على كون الشهود صدقة عنده *

قوله اذا كان الدعوى بسبب معين بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل او ادعى (على)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي القاضي ... فصل آخر)

قال ولا يقضى القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فيظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولا انه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكرتم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح

على امرأة نكاحا اذا ادعى ملكا مطلقا بان ادعى جارية بانها ملكه ولم يذكر السبب واذا ادعى ذلك بينة وقضى له بها لا يحل له وطئها بالا جماع لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من البعض لتزاحمها اذ الملك يثبت تارة بالشرى واخرى بالارث وغيره فلا يمكن اثبات السبب سائبا على القضاء بطريق الاقتضاء واثبات الملك مطلقا بلا سبب ليس في وسع العباد وفي النكاح والشرء يقدم النكاح والشرء اقتضاء تصحيحا للقضاء والقاضي ولاية على ان يملكه ذلك السبب في الجدل فيه فكذا في باطالة وفي الهبة والصدقة روايتان عن ابي حنيفة رح وفيه اذا ادعى شراءا جارية بائنا من قيمتها بغبن فاحش قال بعضهم لا ينفذ بائنا لان فيه تبرعا بمقدار الغبن وقال بعضهم ينفذ بائنا عنده كما في سائر المبادلات *

قوله ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء فان قيل لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البينة مع ان سكوته محتمل للاقرار قلنا لان القاضي يجعل سكوته من اليقين اقرارا وبذلك الحق **قوله** لان احكامهما مختلفة اي احكام القضاء مع البينة عند الانكار واحكام القضاء مع الاقرار فان حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة وعلى الاصيل لا على الاقتصار في الحال وحكم القضاء بالاقرار بخلافه بانه رجل اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقربها لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كما سمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا من جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض (قوله)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بانابته كوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً بان كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب

قوله ومن يقوم مقامه اي قوله في اول المسئلة الا ان يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه ان يكون بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وفي المسخر من جهة القاضي اختلاف الروايتين وفي الذخيرة اذا نصب القاضي مسخراً عن الغائب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضي ان ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب لسمع الخصومة عليه **قوله** حكماً اي من يقوم مقامه من حيث الحكم بان كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر اي سبباً لا محالة كما اذا ادعى داراً في يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانكر ذواليد وقال الدار داري واقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب لان ما يدعي على الغائب وهو الشري منه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشري من المالك سبب له لا محالة وكما اذا ادعى على رجل انه قتل عن فلان بما يذوب له عليه واقرا المدعي عليه بالكفالة وانكر الحق فاقام المدعي عليه البينة انه ذاب له على فلان الف درهم فانه يقضى بهافي حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت اليه انكاره وكما اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال ذواليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذواليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفعها يقضى بالشري في حق ذواليد والغائب جميعاً اما اذا لم يكن سبباً لا محالة لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كما اذا قال لامرأة رجل غائب ان زوجك وكلني ان احصلك اليه فقالت المرأة انه كان طلقني ثلثاً واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في قصريد الوكيل منها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر الطلاق فالمرأة (تحتاج)

(كتاب النضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

اما اذا كان شرط الحق فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع *
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء
الاموال محفوظة وضمونه واقضي بقدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه وان اقرض الوصي
ضمن لاندلا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

تحتاج الى اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت
ما يدعى على الحاضر وهو قصر يد الوكيل لا محالة فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب
قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل
قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه
دون وجه فقلنا انه يتقضى بقصر يد الوكيل ولا يقضى بالطلاق والعناق عملا بهما *

قوله اما اذا كان شرط الحق فلا معتبر في جعله خصما عن الغائب هذا قول عامة المشائخ
فاما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الاسلام علي البزدوي وشمس الاسلام محمود
الاوزجندى رحمهما الله فللشرط اعتبار ايضا كما للسبب لان دعوى المدعى كما يتوقف
على السبب يتوقف على الشرط ايضا وصورة رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته
فانت طالق ثم ان امرأة الخالف ادعت على الخالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب
واقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد افتى بعض المتأخرين
بقبول هذه البينة هذا اذا كان شرطا يتضرر به الغائب اما اذا كان شرطا لا يتضمن ضررا كما
لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة اقامت البينة ان فلانا
دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها **قوله** ويقرض القاضي
اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق وان اقرض الوصي ضمن والفرق ان القرض تبرع
ابتداء معاوضة انتهاء لما انه قطع الملك عن العين بيدل في ذمة المفلس لان الاستقرار
في العادات ممن هو مفلس ولهذا حل محل الصدقة وزاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة (هنا)

(كتاب القضاء باب التحكيم)

* باب التحكيم *

وانا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جازلان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما صرح في المولى

هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البذل مأمون النوى باعتبار علم القاضي ولتمكنه من الاسترداد متى شاء لماله من الولاية وتبرعا في حق الوصي والاب في اصح الروايتين لانه لا يتمكن من الاسترداد فربما جحد المستقرض ولا يجد شهودا يوافقونه على اداء الشهادة ولو وجد فساكل بينة يعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثوبين يدي القاضي ذل وصغار فكان اضرا رابهم فلهذا لا يملكه وكذا يملك اقراض مال الغائب والاب بمنزلة القاضي في رواية لان ولاية الاب يعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه قال ليس للاب ان يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرع عليه الخصاص في ادب القاضي فقال ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال اليتيم لو اختل احد منهم اخذ المال من يده لان القاضي وان كان له استرداد المال شرعا لكن تمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر الا ترى انه لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز له ان يقرضه مال اليتيم فكذا لا يترك ماله على المفلس ايضا *

* باب التحكيم *

قوله وانا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز والاصل فيه قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين لاختيار المقام او لاختيار الفرقة والصحابة رضى كانوا مجمعين على جواز التحكيم (قوله)

(كتاب القضاء باب التحكيم)

ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقداد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما الصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضا لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الا باحة (فلا يستباح برضاهما) قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات (كالطلاق والنكاح وغيرهما) وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكمة في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه

قوله ولكل واحد من المحكمين ان يرجع فان قيل التحكيم ثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما فلنا اذا لم يرض احدهما بهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء بلا رضاه **قوله** وان خالفه ابطله لان لهما ولاية على انفسهما وليس لهما ولاية على القاضي وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو ارتفع اليه فلا يبطل رأيه بحكم الحكم **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لان حكم المحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فهم يملكان الاستيفاء بانفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد وعن ابي حنيفة رضي الله عنه ان لا يجوز **قوله** تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكنايات فانهار واجمع والطلاق المضاف وهو الصحيح* الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله)

(كتاب القضاء ... مسائل شتى)

ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البيعة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعد الة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل لان قضاء الولاية كقول المولى بعد الغزل وحكم الحاكم لا يوبى وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لما كان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي والله اعلم بالصواب *

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو وقال يصع ما لا يضرب بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبنى على علوه

قوله ومخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك ان النبي عليه السلام قال للاولياء قوموا فذوه **قوله** ولو اخبر باقرار احد الخصمين يعني لو قال المحكم بينهما لا احدهما قد اقررت عندي اه ذاك اذا وكذا اوقامت عندي عليك بينة لهذا ابكذ او كذا فعد لو اعدتني وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك وانكر المقتضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء اوقامت البينة عليه بشيء لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم بذلك فيملك الاقرار كالمقتضي المولى اذا قال في حال قضائه لانه ان قضيت عليك لهذا باقرارك او بينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقتضي عليه فكدا هنا الا ان يخرج من الحكم او يعزله عنه قبل ان يقول قد حكمت عليك ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق *

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

قوله ان بنى على علوه يعني زيادة على ما كان

(كتاب القضاء ... مسائل بشرى)

قبل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهاين والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فمنع منه **قال** واذا كانت زائفة مستطيلة تنشعب منها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائفة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائفة القصوى لان فتحه للمرور ولاحق لهم في المرور اذ هو لا هلهما خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة

قوله قبل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح يعني ان ابا حنيفة رح انما منع صاحب السفلى عن ان يتدفيه وتداوان يتقب فيه كوة لان صاحب العلو متضرر به ولولم يتضرر به لا يمنع كما هو قواهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه **قوله** تعلق به حق محترم اي تعلق بالسفل حق صاحب العلو وهو حق البناء فيكون المانع راجحا وهذا لان بالمنع يفوت المنفعة دون العين وبالاطلاق يفوت حق صاحب العلو في العين والمنفعة جميعا فكان ضرر الاطلاق راجحا **قوله** على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو اشارة الى ان القياس قول ابي حنيفة رح فوجب منعه **قوله** واذا كانت زائفة مستطيلة ينشعب عنها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة اي الزائفة الثانية المنشعبة ولا فرق في الاولى بين ان تكون نافذة او غير نافذة في ان لاحق لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة نافذة لان المرور فيها حق العامة فلاهل الاولى فتح الباب فيها وذكر الامام التمر تاشي رح سكة طويلة غير نافذة في اسفلها من جانب اليمين او الشمال زقيقة طويلة غير نافذة فليس لاحد من اهل السكة ان يفتح بابا على جداره من الزقيقة لانه لاحق له فيها *

(قوله)

(كتاب القضاء... مسائل شتى)

ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب وانكالت مستديرة قد لزق طرفاها
فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا
يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها *

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة
الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح
على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما مر

قوله ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب لانه اذا فعل ذلك وتقدم العهد
ربما يدعى الشركة في الطريق في تلك الزائغة ويستدل على ذلك بالباب المركب ويكون
القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم
صالحه منها فهو جائز ذكر في بعض شروح الجامع الصغير انما يصح الصلح اذا كان المدعى معلوما
بان ادعى مثلا ثلثا او ربعا ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبين ان المدعى ثلث او ربع
او نحو ذلك لا يصح الصلح لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين والافتداء انما يكون اذا توجهت
اليمين واليمين انما توجه اذا صحت الدعوى فاذا لم تصح فلا يكون الصلح افتداء فان ادعى
حقا فيها فانما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب اليد بالحق فيها حتى يصح الدعوى
هكذا قيل الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح الدعوى ولو ادعى عليه
انه اقر له بشي يصح الدعوى لجهالة المدعى في الاول دون الثاني وقال بعضهم يصح
الصلح وان لم يبين مقدار ما يدعى لان الصلح انما يصح لدفع الشغب وقطع الخصومة وهذا
البلغنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعى
يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى فيتحقق معنى الشغب والخصام وهذا يندفع بالصلح
ولهذا لو ادعى رجل نكاحا على امرأة وهي تنكر فصالحته على مال جائز بالاتفاق
وان لم يستخلف عندا بي حنيفة رحمه الله (قوله)

قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فستل البيعة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعى البيعة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بيعة لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون بان قبلاها ولو شهدوا به بعد ها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البيعة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرا منه بالملك للراغب عندها ودعوى الشراء رجوع عند عدم قضاء بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقر بملكه عندها ومن قال لا خراش تربت عني هذا التجارية ما تكره الاخران اجمع البائع على ترك الخصومة وسعدان يطاهلان المستري لما جحدته كان فسخا من جهته اذ النسخ يثبت به كما اذا نجح احدنا اذا اعزم البائع على ترك الخصومة تم النسخ

قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فستل البيعة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منده واقام البيعة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة لان ذلك جحدني الهبة فاشتريتها منه والغاء للتعقيب وهم يشهدون به قبله ما اذ هو التناقض بين الدعوى والشهادة ولو شهدوا به بعد ها تقبل لوضوح التوفيق يريد به لو ادعى الشراء بعد ما ادعى الهبة وشهدوا به بالشراء بعد الهبة تدل لوضوح التوفيق لانه يمكنه ان يقول وهب منده شهرا ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع وهذه المسئلة تدل على ان التناقض انما يسمع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا امكن فلا كذا ذكر في الافضية وذكر في رواية ان التوفيق من المدعى شرط وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق من غير دعوى المدعى قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البيعة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا لانه وان كانت الشهادة موافقة للدعوى الا انه متناقض في الدعوى لان دعواه الهبة منه في وقت يكون اقرا بانها كانت مملوكة له في ذلك الوقت ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك (١)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

و بمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضا فيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضاء البائع فيستبد بفسخه

الا فرار الرجوع عن الافرار لا يتمكن من اثبات الدار بالبينة واماد عراه الشراء بعد ذلك يقرر اقراره بالملك في ذلك الوقت فيتمكن من اثباته بالبينة فان قيل ينبغي ان لا تقبل بينته في هذا الوجه ايضا لان ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة فقد فسخها اذ جحد ما عدا الكاح من العقود فسخ له بخلاف الكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق الآخر على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه صحيح *

قوله وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ الى آخره جواب شبهة وهي ان يقال كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ وفسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد العزم الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ العقد بمجرد عزمه فاجاب ان العزم قد اقترن بفعاله وهو امساك الجارية ونقلها وما يضا فيه كالا استخدام الا ترى ان من قال لا آخر اجرتك هذه الدابة يوما بكذا التركيبها الى مكان كذا فاخذها المستاجر وذهب بها او ركبها ان ذلك يكون قبولا كذا هنا وكذا في المحيط وتفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية **قوله** فيستبد بفسخه وفي النوائد هذا فسخ من الاصل لكونه مضطرا الى هذا الفسخ ويمتد عليه مسئلة ذكرها في بيوع الجامع وهي ان الرجل لو اشترى من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا وباعه من آخر فجحد المشتري الآخر البيع فخاضعه المشتري الاول الى القاضي ولم يكن له بينة فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم وجد به عيبا كان عند البائع الاول فاراد رده عليه فاحتج عليه البائع بدعواه البيع على الثاني فالقاضي برده عليه (و)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

قال ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اتضى وهو عبارة عن القبض ايضا وجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا يجوز بها في الصرف والسلم جازوا القبض لا يختص بالجداد فيصدق لانه انكر قبض حقه

وهذا اذا عزم المشتري الاول على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني اما اذا عزم على ذلك قبل تحليفه فليس له ان يخاصم بائعه في الرد بالعيب لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لجواز انه متى حلفه نكل فاعتبر بيعا جديدا في حق المالك بخلاف النكاح فان الزوج اذا جحد النكاح واستحلف عندهما فحلف وعزمت المرأة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج بزواج آخر لان النكاح لا يحتمل الفسخ سائر الاسباب فكذا بهذا السبب بخلاف البيع * **قوله** ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق اي وصل ام فصل وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير اقتضى مكان قبض **قوله** ولهذا يجوز بها في الصرف والسلم جازوا نعماعينهما لان استبدال شيء بمقابلته الدراهم لا يجوز فيهما خاصة ولولم يكن الزيوف من جنس الدراهم كان قبض الزيوف مكان الدراهم استبدال الجنس آخر فيبطل عقد الصرف حينئذ كما يبطل عند قبض الستوة والزيف ما ريفه بيت المال اي رده وفي المغرب زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت وقيل هي دون النهرج في الرداءة لان الزيف ما يردده بيت المال والنهرج ما يردده التجار النهرج درهم الذي فضته ردية وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وقيل استعبر لكل ردي باطل ومنه نهرج دمه اي ابطال الستوق بالفتح ارد من النهرج ومن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر والنحاس هو الغالب وفي المبسوط الستوة كالفلوس فانه صفر مموء من الجانبين وهو معرب سه طاقه اي الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط صفر

(قوله)

(كتاب القضاء مسائل مشن)

بخلاف ما اذا اقرانه قبض الجباد او حقه او الثمن او استوفى لا قراره بقبض الجباد صريحا
او دلالة فلا يصدق والنهجة كالزبوف وفي الستوة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم
حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف مازيفه بيت المال والنهجة ما يرد به التجار
والستوة ما يغلب عليها الغش ومن قال لا خرك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء
ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد
برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره
اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد
والمعنى فيه انه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق

قوله بخلاف ما اذا اقرانه قبض الجباد او حقه او الثمن او استوفى اي لا يصدق فيما اذا
ادعى الزيادة بعد ذلك لانه تناقض اما الاول مظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجباد
فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجباد وكذا الاقرار بقبض الثمن والاستيفاء
عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا وقيل في غير الجباد صدق
موصولا وذكر الامام التمرناشي رحمه الله فان اقر بقبض حقه او الجباد او بالاستيفاء
ثم ادعى الزيادة لم يصدق لان الاستيفاء يستعمل في قبض الحق وحقه جباد وقد اقر
بقبضه وكذا الواقف بقبض الذي له عليه ثم ادعى الزيادة وان وصل فالقياس كذلك
وفي الاستحسان يصدق لانه ادعى مجاز كلامه متصلا اي قبضت حقي ذاتا لا صفة
قوله بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه اذا اقرار بالدين يرتد برد المقر له وكذا الاقرار
بالعين ولو صدق ثم رد لا يرتد اما الاقرار بالبيع لا يرتد برد المقر له وله ان يصدقه بعد الرد لان
احد العاقدين لا يتفرد بالفسخ فبرده لا يفسخ البيع فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عمل تصديقه
والعلامة النسفي ذكر في الكافي اشكالا في هذا الموضع فقال ذكر في الهداية لان احد المتعاقدين
لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد لانه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق وذكر قبله ولانها (تعذر)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

أما المقر له يتفرد برد الأقرار فافتقر **قال** ومن ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك على شيء فقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بيئته وكذلك على الإبراء **وقال** زفره لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولما ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبر منه فيكون دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيشت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء فطال ان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك على شيء فط ولا عرفك لم يقبل بيئته على القضاء وكذا على الإبراء تعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وفضاء واقتضاء ومعاملة مصالح تدون المعرفة وذكر القدوري رح انه تقبل ايضا لان المجتنب او المخدرة قديون بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق

قال ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعتها منكم فقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها اصبعاً زائدة فقام البائع البينة انه بريء اليه من كل عيب لم تقبل بيئته البائع

تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب قلت لاتناقض بين كلاميه فيحتاج الى التوفيق لان مراده بقوله لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ فيما اذا كان الآخر على العقد معترفاً به كما اذا قال احدهما اشتريت وانكر الآخر لا يكون انكاره فسخا للعقد اذ لا يتم به الفسخ وفيما اذا قال اشتريت مني هذه الجارية وانكرها المدعي للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانعزاده على العقد فيستبد بفسخه ايضا *

قوله اما المقر له يتفرد برد الأقرار بخلاف ما لو اقر بنسب عيده من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة رح لان الأقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد **قوله** لان التوفيق فيه اظهر لان كلمة ليس لنفي الحال فصار كما نه قال ليس لك على شيء في الحال لاني قد قضيت حقك الا ترى انه لو صرح به يصح **قوله** فيأمر بعض وكلائه بارضائه لا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق فعلى (هذا)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

وعن أبي يوسف رح انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيرة فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر *

هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل باتفاق الروايات لان البراءة يتحقق بلا معرفة *
قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا اي في الدين وهوان يكون البائع وكيلًا من المالك في البيع فكان المالك في قوله ما بعته صاد قائم المالك في دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضا ونظير ما ذكره أبو يوسف رح من التوفيق ما ذكره الامام الترمذى فقال اقام البينة على الشراء وذواليد ينكر ثم اقام المنكر بينته على ان المدعى قد رد المبيع على قبلت ولا يبطل انكاره البيع البينة لانه يقول اخذها مني ببينة كاذبة ثم استقلته فاقالني فاذا امكن الجمع بينهما جمع وذكر شيخ الاسلام رحمه الله يجب ان يتناقض لانه زعم انه لم يبع ثم ادعى البيع والفسخ والجواب عنه انه انما يتحقق المناقضة اذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين وقد امكن بان يقول لم ابع بنفسى وانما باعه وكيلى ثم فسخت البيع فيحمل عليه فان قيل ارتفع انكاره بقضاء القاضي فصار مكذبا فلا يكون مناقضا كما اذا رد المشتري المبيع المعيب على البائع بقضاء حيث يكون له الرد على بائعه وان انكر قيام العيب لانه صار مكذبا شرعا قلنا التناقض اذا كان مبناه على الخفاء لا يمنع صحة الدعوى كالمختلفة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة اذا الزوج والمولى يستبدان وثم كذلك لجواز ان لا يكون المشتري مطالعا على العيب فانكر بناء عليه ثم لما اقيمت البينة علم الآن فاراد الرد ولا كذلك ههنا لان مبناه ليس على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قيل يشكل بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا كقيل عنه بامره فقضى القاضي عليه بالبينة بعد ما انكر فله ان يرجع (على)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

قال ذكر حق كذب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عندنا يحنف نقرح وقالوا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر الاستثنائي وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر واصرأته طابق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى

على المكفول عنه بعد ما أدى الى المدعي عندنا خلاف الرفرر رحمده الله انه مكذب شرعا والتناقض ليس في محل الخفاء فلما انه انكر النكاح لدون الامر وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكار الامر والرجوع باعتباره وقد ثبت بالبينة وقد أدى دينه فاستوجب ديننا عليه بخلاف مسئلتنا لان البراءة من كل عيب لا تنجح بدون البيع وانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض *

قوله ذكر حق اي كتاب اقرار بدين **قوله** ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه يعني من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك فان قيل لماذا يكتب هذا ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكذا قلنا الغرض من كتابة هذا اسقاط ولاية امتناع المديون عن استماع خصومة التوكيل فان التوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم عندنا يحنف نقرح وعلى تقدير الرضاء همنا يلزم التوكيل بلارضائه فان قيل ان هذا رضى بتوكيل المجهول فيكون وجود هذا الرضاء وعدمه بمنزلة كالاقرار للمجهول قلنا انما يصح الرضاء بالتوكيل لانه اسقاط حقه فان للمقران لا يرضى بتوكيل المقر له لما يلحقه من الضرر وقد اسقط حق نفسه واسقاط حقه مع الجهالة جائز بخلاف الاقرار لانه اظهار لا اسقاط وقيل هذه المسئلة فرع لهذا الاصل وهو ان هذا الكلام لما كان محتاجا اليه ليكون حجة لمن اخرج هذا الصك فهذا الكلام لم يوجب فصلايين الاستثناء وصدر الكلام وعندهما حشوا لا يحتاج اليه فكان فاصلايين الاستثناء وصدر الكلام **قوله** او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه اي لو كتب صك الشراء (و)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

ولو ترك فرجة قالوا لا يلحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب *

* فصل في القضاء بالمواريث *

قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال رفررة القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف اليه اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليها ما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا

وكتب في آخره فما ادرى فلا نفيه من ذلك فعلى فلان خلاص ذلك فان قيل هذا الكلام لغو لان الخلاص على فلان لانه ضمان الثمن وهو عليه شرط اولم يشترط فلنا يكون اشتراطه تأكيد او نفيه تحرر عن قول ابن ابي ليلى لان عنده لا رجوع بدون الشرط *

قوله ولو ترك فرجة اي بين ذكر الشراء وذكر الخلاص قالوا لا يلحق به وبصير كفاصل السكوت اذا الفرجة في الصكوك كالسكوت في النطق والله اعلم *

* فصل في القضاء بالمواريث *

قوله تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة يعني اذا اختلف الاجر والمستاجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد مضي مدة يجعل الحال حكما فيه حتى لو كان الماء جاريا في الحال كان القول قول الاجر وهو رب الطاحونة ولو كان منقطعا كان القول قول المستاجر **قوله** وما ذكره يعتبره للاستحقاق والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق **قوله** فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال فالاحاصل ان المرأة تتمسك في هذه المسئلة بما تمسك به الورثة في المسئلة الاولى والورثة في هذه المسئلة يتمسكون بما تمسكت به

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

قال ومن مات وله في بدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقران ما في يده حق الوارث خلافة نصاركما اذا اقرانه حق المورث وهو حي اصالته بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالتقبض او انه اشتراه منه

به المرأة في المسئلة الاولى غير انها في المسئلتين تتمسك بالظاهر لا ثبات الاستحقاق والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لاثباته والورثة هم الدافعون جميعا في المسئلتين فان قبل الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل الماء حجة لصاحب الطاحونة حتى يقضي بالاجر على المستاجر فقد تمسكت بالحال لا ثبات استحقاق الاجر قلنا ثمه اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلغا في التاكيد والظاهر يصلح حجة للتاكيد ولبقاء ما كان على ما كان وفي مسئلة الميراث اختلغا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة بؤيدة ما ذكر في المبسوط انه لو لم ينقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وان كان يوما واحدا فلم يكن له ان ينقضها لزوال العذر ويمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة علم انهما اتفقا على السبب الموجب في الحال فان قيل هذا يشكل بمسئلة ذكرها محمد رحمه الله في الاصل اذا مات الرجل وترك ابنين فقال احدا لابنين مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حيوته وقال الآخر صدقت وكنت ايضا مسلما اسلمت حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موت الاب فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البينة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلف في الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما الا ترى في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانتفاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين (و)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالتبض لان الدين تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه * فلو قال المودع لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال الاول لانه لما صح اقراره الاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره الثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر الاول لا مكذب له فصيح وحين اقر الثاني له مكذب فلم يصح *

قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال لا ياخذ الكفيل

وقال صاحب الطاحونة لابل انقطع الماء شهر افا لقول قول المستاجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدرا وانقطاع مقدرو ذلك غير ثابت للحال فكذا الاختلاف هنا في مقدار مدة الاسلام لافي نفس الاسلام انه كان اولم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام المقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة *

قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان صاحب اليد مقربا به ملك الغائب وهو حي ويده في الوديعة يد الغائب فلا يملك ابطال يده وملكه باقراره وفي تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير بزعمه وهنا زعم ان الميت لم يبق مالكا وان المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير فلو دفع هل له ان يسترده قال شيخ الاسلام علاؤ الدين رحمه الله ليس له ان يسترده لانه ساع في نقض ما اوجبه وروى عن ظهير الدين المرغيناني رحمه الله انه تردد في ذلك ولولم يدفع حتى هلك في يده قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله **قوله** وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال الاول وهل يضمن الثاني اذا دفع الى الاول بغير قضاء يضمن نصفه للثاني كذا في النهاية (قوله)

(كتاب القضاء فصل في الضعفاء بالمواريث)

والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي
ناشر الغيب والظاهران في التركة وارثا غايبا او غيرهما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاج
لنفاة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأه الغائب النفقة من ماله
لا يحنيفة روح ان حق الحاضر ثابت قطعا وظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل

والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا نعلم له وارثا غيره
اما اذا قالوا لا نعلم له وارثا غيره دفع اليه من غير كنفيل ولا تان عندهم ولو شهدوا انه
ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف
له وارثا غيره فان القاضي يلزم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر يتقسم المال
بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ومال يأخذ كفيلا بدار فع اليه قال ابو حنيفة رضي الله عنه
لا ريب في ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يأخذ ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر
جميع المال بعد التلوم اذا كان هذا الوارث ممن لا يحجب بغيره كالاب والابن اما اذا كان
ممن يحجب بغيره كالجد والاخت والعم لا بد دفع المال اليه مالم تقم البينة على عدد الورثة
او يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره وقال الامام التمر تاشي رحمه الله ولو قال المودع
لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالتاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى
ذكر بكر رحمه الله ان في كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا
الى القاضي وقدرا الطحاوي رحمه الله مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث آخر
يدفع المال ويأخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند ابو حنيفة رحمه الله
لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة كذا في النهاية
قوله واعطى امرأه الغائب النفقة من ماله وهي امرأة تستفق وزوجها غائب وله
عند رجل وديعة والمودع مقر بالود بعة والزوجة فالتاضي يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا
قوله ان حق الحاضر ثابت قطعا اي فيما اذا لم يكن وارثا ظاهرا اي فيما اذا كان (وارث)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريت)

كمن اثبت الشرى ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولا ان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفق لان حق الزوج (في ماله) ثابت وهو معلوم واما الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اي ميل من سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض **قال** واذا كانت الدار في يد رجل اقام الاخر البيعة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة راجح وقال ان كان الذي هو في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يده امين وان لم يجحد ترك في يده لهبا ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين

وارث آخر لكن القاضي مكاف بما ظهر عنده من الحجة وقد ظهر كونه وارثا والعمل بالظاهر واجب عليه فلا يؤخر حقه لحق موهوم الى زمان التكفيل ارايت لو لم يجد كفيل كان يمنع حقه * **قوله** كمن اثبت الشرى الى قوله لا يكفل اي لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي اثبت شرائه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد حتى بيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتري آخر قبله وغريم آخر في حق العبد علم ان المتيقن المعلوم لا يؤخر الى زمان التكفيل لا موهوم **قوله** او اقرار العبد اي اقرار العبد الابق انه لفلان **قوله** وهذا يكشف عن مذهبه اي فان قوله وهو ظلم يكشف عن مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب وقول من قال كل مجتهد مصيب ينزع الى مذهب اهل الاعتزال لما ان عندهم الا صلح واجب على الله تعالى فكان صيانة الله المجتهدين عن الخطاء وتقريرهم على الصواب واجبا عليه فيلزم من هذا ضرورة ان يقال كل مجتهد مصيب ونسبوا هذا القول الى ابي حنيفة رحمه الله واليه اشار بقوله لا كما ظنه البعض وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ليوسف (بن)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

قال ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبرا بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخذ الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل

اذا كان الكل في يده وذكر في الجامع انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينشد بقدره لان دعوى العين لا تنوجه الا على ذي اليد فانما ينتصب احد الورثة خصما عن الكل اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقي الورثة في دعوى الدين على الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة *

قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة اي يجب عليه صدقة جميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين ومال السوائم واموال التجارة بقليلها وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب ومادونه لان ذلك يتعلق به الزكاة اذا انضم اليه غيره فكانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بما له لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصديق عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة ولا يجب عليه التصديق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرفيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك **قوله** لانها خلافة كهي اي كالورثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت والله تعالى اوجب المواريث في كل عين ودين **قوله** ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل اي في الحقيقة هما سيان لان ايجاب الصدقة (١)

وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح لأنها سبب الصدقة أذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لأنها سبب المؤنة أذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل أرض الخراج بالاجماع لأنه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئاً تصدق بما املك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

الصرف الى فاضل ماله في حياته وبعد وفاته يكون جنس ماله فاضلاً لاستغنائه عنه بالموت *
قوله ويدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رح لان معنى الصدقة في العشر راجح عنده ولهذا لا يجب على الكافر وعند محمد وهو قول أبي حنيفة رح لا تدخل لان فيه معنى المؤنة ولهذا لا يعتبر فيه المالك فاشبه الخراج **قوله** لانه اعم من لفظ المال لان الملك يطلق على المال وعلى غيره فانه يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال وذلك في ان ينصرف لا كل مال يجوز التصديق به فصار كانه قال كل مال املكه مما يتصدق به فهو صدقة فحينئذ ينصرف الى مال الزكاة وغيره كذا هذا والصحيح انهما سواء **قوله** والمقيد ايجاب الشرع وهو قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقوله اعمها ثوبع عشور اموالكم **قوله** وصاحب الغلة لشهر اي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الانسان يمسك قوت شهر (قوله)

قال ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف ر ح انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية اقامة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاصا فتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا التزام امر*

قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة ر ح وثالا هو الاول سواء لانه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية

قوله كما في تصرف الوارث لو باع الوارث تركته المورث بعدموته وهو لا يعلم بموته جائز بعد فكذا الوصي **قوله** ومن اعلمه من الناس بالوكالة اي سواء كان حرا او عبدا او كافرا **قوله** حتى يشهد عنده شاهدان اي يخبره مخبران والمراد من الشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة هنا ليس بشرط او واحد عدل ثم في هذا اللفظ اشتباه في اشتراط العدالة في المخبر اذا كان اثنين ولفظ الكتاب مشبه ايضا وهو قوله حتى يخبره رجلان او رجل عدل وعن هذا اختلف المشائخ فيه قال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل او بحجر الماذون فاسقين يثبت العزل والحجر بوجود احد الشرطين وهو العدد وذلك لانه يشترط في الشهادة العدالة والعدد وتأثير العدد فوق تأثير العدالة الا ترى ان قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ ثم لو وجدت العدالة ههنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر فاولى ان يثبت الحجر بالعدد وان لم يؤجد العدالة وقال بعضهم لا يثبت لان خبر الفاسقين لا يصلح للالتزام بخبر الفاسق الواحد في انه لا يكون ملزما وان يجب التوقف فيه وفي هذا الخبر التزام من وجد فكانت العدالة شرط في المخبرين هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لانه (لو)

وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شرطيهما وهو العدد او العدد بخلاف الاول
وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف
اذا اخبر الموالي بجناية عبده والشقيق بالبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها * **قال** واذا باع القاضي
او امينه عبد الغرماء واخذ المال فصاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام
القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع
الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العائد

لوصح هذا الخبر لكان الزاماً بقول الفاسق بذلك لا يجوز وبه اخذ النقيض ابو جعفر الهندواني رح
وزعم انه هو المذهب عند الشيخين فدرج ومعنى ما اطلق في الكتاب محمول على ما اذا كان لا يعلم
حاليهما بالفسق والعدالة كذا في النهاية *

قوله وله انه خبر ملزم لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فيكون شهادة
من وجه ويشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف في ملكه فوجب ان يشترط احد شرطي
الشهادة وهو العدد او العدالة توفيراً على الشبهين حفظهم والالزام من كل وجه ما كان الزاماً على
خصم منكرو مشروطاً بلنظ الشهادة **قوله** بخلاف الاول اي التوكيل وبخلاف الرسول لان عبارته
كعبارة المرسل فصاركانه حضرة وعلى هذا الخلاف اذا اخبر الموالي بجناية عبده فباعد او اعتقد لا يكون
مختاراً للعداء عنده الا اذا اخبره عدل او مستورا خلافاً للهدا والشنيع اذا اخبره واحد غير عدل لا يطل
شفعته عنده والبكر اذا اخبرت بالنيكاح الوالي فسكتت فان كان المخبر واحداً غير عدل لا يكون سكوتها
رضاعنده والمسلم الذي لم يهاجر الي الحرب الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر فخير بها عليه
من الغرائض ان كان المخبر عدلاً او اثنين لزمته الغرائض حتى لو ترك يلزمه قضاءها وان كان المخبر
فاسقاً ان صدقه فكذلك وان كذب فعلى الاختلاف الذي قلناه وقال شمس الانملة السرخسي رح
والاصح عندي انه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله عليه السلام **قوله** واذا باع
القاضي او امينه عبد الغرماء اي لاجل الغرماء وهم ارباب الديون ههنا واخذ المال اي الثمن (قوله)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء
 ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة
 عن الميت وان كان بانيابة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه *

قال ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم
 فيه بدينه قالوا يجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث
 اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

قوله كما اذا كان العاقد محجورا عليه اطلق لفظ المحجور ليتناول الصبي المحجور والعبد المحجور فان
 من وكل صبيا محجورا يعتل البيع والشراء وعبد محجور اجاز له عقد بباشرتهم ولا يتعلق بالحقوق
 بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما ففى الصبي لقصور اهليته وفى العبد لحق سيده
 والاصل انه اذا عذر تعلق حقوق العقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما في توكيل المحجور
 واقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا ترى ان القاضي لا يأمر الوصي او امينه الا
 بعد طلب الغريم فيرجع المشتري على الغريم **قوله** لانه عاقد نيابة عن الميت وذلك لان الوصي قائم
 مقام الميت اما اذا كان الميت ارضى اليه فظاهر واما اذا نصبه القاضي فكذلك لان القاضي انما نصبه
 ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي **قوله** فصار كما اذا باعه بنفسه اي المديون
 اذا باشر العقد بنفسه حال حيوته كانت الحقوق راجعة اليه فكذا يرجع الى من قام مقامه بعد مماته
 فيرجع المشتري على الوصي ثم يرجع الوصي على الغرماء **قوله** قالوا يجوز ان يقال يرجع بالمائة
 التي غرمها ايضا وفي رجوع الغريم بما غرم اختلاف قال الفقيه ابو الليث رح يجوز ان يقال
 يرجع ويأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصي او للمشتري لان هذا الضمان لحقه لامر الميت
 وفي الجامع الصغير التمرناشي رح ايضا والاصح انه يرجع وقال بعضهم لا يأخذ في الصحيح
 من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره
قوله والوارث اذا بيع له فهو بمنزلة الغريم الوارث اذا احتاج الى بيع شيء من التركة (وهو)

* فصل آخر *

واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاطعده او بالضرب فاضربه وسلك ان تفعل وعن محمد ر ح انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشائخ هذه الرواية لغسار حال كثرة القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية اننا اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوة عن التهمة ولان طاعة اولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ر ح ان كان عدلا لما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة *

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفأود فعتها الى فلان قضيت بهاله عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي تطعت يده والذي اخذ منه المال مقربين انه فعل ذلك وهو فاض ووجهه انهما ما اتوا فقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا

وهو صغير فباعه الوصي ثم استحق رجع المشتري بالثمن على الوصي والوصي على الوارث ولو باعه امين القاضي رجع المشتري على الوارث اذا كان اهلا وان لم يكن اهلا ينصب القاضي منه وصيا فيرجع عليه ويؤدي هو من مال الصغير *

* فصل آخر *

قوله فان احسن التفسير بان يقول في حد الزنا اني استفسرت المقر بالزني كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا *

(قوله)

(كتاب القضاء فصل آخر)

ولا يمين عليه، لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي * ولو أقر القاطع
أو الأخذ بما أقرببه القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح
كما إذا كان معاينا * ولو زعم الملتطوع يده والمأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد
العزل فالقول للقاضي أيضا وهو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان *
فصار كما إذا قال طئنت أو اعتقت وأنا مجنون وأتجنون منه كان معهودا * ولو أقر القاطع
أو الأخذ في هذا النصل بما أقرببه القاضي يضمن لأنهما اقترابا بسبب الضمان وقول القاضي
مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه
ثبت فعله في قضائه بالتصادق * ولو كان المال في يد الأخذ أو في يد أقرببه القاضي
والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه
لأنه اقتران اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وصرح المعزول فيه ليس بحجة *

قوله ولا يمين عليه أي على القاضي لأنه لو لم يمينه اليدين فصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ
والقاضي أمين لا خصم **قوله** ولو أقر القاطع أو الأخذ أي لو أقر القاطع بأمر القاضي أو الأخذ بالمال بأمر
القاضي بالقطع والأخذ بقضاء القاضي لا يضمن أيضا كلقاضي لأنه أي لأن القاطع أو الأخذ
فعله في حالة القضاء فلا يضمن **قوله** ودفع القاضي صحيح أي ودفع القاضي المال
إلى رب الدين أو المستحق الذي هو الأخذ صحيح لأنه دفعه في حالة القضاء فالظاهر
أنه دفعه بحق فكان دفعه صحيحا كما إذا كان معاينا أي كما إذا كان دفع القاضي المال
إلى الأخذ بحكم القضاء في معاينة المأخوذ منه المال حكمه لا يضمن الأخذ فكذا إذا أقرببه
أقربه القاضي **قوله** فالقول للقاضي أيضا وهو الصحيح وقال شمس الأئمة السرخسي رح
إذا زعم المأخوذ منه أو الملتطوع يده أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل
حادث فأنما يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق إلا بحجة
قوله وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على (غيره)

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طال بهم المدعى لقوله تعالى ولا يابى الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتنوا الشهادة ومن يكتنمها فانه

غيره فان قيل قد وجد الاسناد منيها ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فيجب ان لا يضمننا ايضا كالتقاضي قلنا ان هذه جهة يعارضها ما هو اقوى منها تقضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان وهو حجة قطعية وما ذكر من قضاء القاضي في حقيها حجة ظاهرة فان قيل هذا الوجه ثابت في حق القاضي ايضا قلنا لو اجنبنا الضمان على القاضي لامتنع الناس عن قبول القضاء ولان حالة القضاء منافية لضمان القاضي لا محالة فكان الاسناد اليها مفيد او اما اسناد غير القاضي فعليه الى حالة القضاء غير مفيد لان ذلك لا ينافي الضمان لا محالة لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء وما دعى من القاضي امره بالقطع والاخذ غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فرد فلا تسمع والله اعلم *

* كتاب الشهادة *

الشهادة في اللغة هي الاخبار بصحة الشيء من مشاهدة وعيان فعلى هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ من المعاينة لان السبب المطلق للاداء المعاينة وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمي الحاضر شاهدا واداءه شهادة وهي في الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروطاته مجلس القضاء ولفظ الشهادة فنقولنا اخبار بصدق جنس يدخل تحته الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان كل واحد منها اخبار بصدق اذا كان الامر على وفاق ما قالوا فان الاقرار اخبار بما في يده لغيره والدعوى اخبار بما في يد غيره لنفسه والانكار اخبار بما في يده لنفسه والشهادة اخبار بما في يد غيره لغيره وقولنا مشروطاته مجلس القضاء ولفظ الشهادة (فصل)

(كتاب الشهادة)

آثم قلبه وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

فصل لهذه الاخبارات وسائر الاخبارات الصادقة غير الشهادة قال الشهادة فرض يلزم الشهود ادائها ولا يسعهم كتمانها اذا طال بهم المدعي لقوله تعالى ولا يبين الشهداء اذا ما دعوا اذا نهى عن اداء عند الدعاء امر بالحضور عند الدعاء وقوله ولا تكتموا الشهادة والنهي عن الكتمان امر بالاطهار وقوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه وعيد واستحقاق الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله آثم لزيادة التاكيد لما ان اسناد الفعل الى الجارحة التي يعمل بها يبلغ من الاسناد الى الجملة الا ترى انك تقول اذا اردت التاكيد هذا مما ابصرته عيني وما سمعته اذني ولان القلب رئيس الاعضاء والمضغدة التي ان صلت صليح البدن كله وان فسدت فسدت البدن كله ولان افعال القلوب اعظم من افعال سائر الجوارح الا ترى ان اصل الحسابات والسيئات الايمان والكفر وهذه من افعال القلوب فلما جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو مشهودا عليه بان الكتمان من اعظم الذنوب فان قيل النهي عن الشيء يقتضي في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب كما ذكر في اصول الفقه من ان المختار عندنا ان الامر بالشيء يقتضي كراهة ضده لان يكون موجبا له ودليلا عليه الى ان وكذا وعلى هذا القول يحتمل ان يكون النهي مقتضيا في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب ولهذا قلنا ان المحرم لما نهى عن لبس المخيط كان من السند لبس الازار والرداء فعلم بهذا ان الامر المستعاد من النهي يثبت السنة لا الواجب المطلق فضلا عن الفرض قلنا هذا فيما اذا لم يقصد ضده كالامر بالقيام في الصلوة ليس بنهي عن التعود تصدا واما اذا كان ضده مقصودا كالامر بالايمان يكون نهيا عن ضده اذا ضده مقصود بنهي صريح وكذا النهي عن الشيء امر بضده اذا كان ضده مقصودا وفيما قلنا الضد مقصود بالامر لقوله تعالى وقيموا الشهادة لله ولان الامر بشيء له ضد وادى يقتضي افتراض الضد ليتحقق موجب النهي فان الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى (ولا)

والشهادة في الحد ود يخبر فيها الشاهد في السر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عم واصحابه رضى دلالته ظاهرة على افضلية الستر لانه يجب (له) ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذا حياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على السر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع التطلع فلا يحصل احياء حقه والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولم تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضى مضت السنة من لدن رسول الله عم

ولا تكتموا الشهادة لا يتحقق الابداء الشهادة فكان اداء الشهادة فرضا كفرضية الانتهاء عن الكتمان * **قوله** والشهادة في الحد ود يخبر فيها الشاهد بين السر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده ولو سترته بثوبك لكان خيرا لك فان قيل هذا الذي ذكره معارض لاطلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيرها من النصوص المقتضية لجوب الشهادة تله هذه الآية محمولة على الشهادة في حدريق العباد بدليل سياق الآية وهي آية المداينة لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قاتلناكم فمذبذبين اليك فاحل مسمى اليك ان قال ولا يابى الشهاد الا وتكتموا الشهادة فكان الحديث المذكور والدليل العنلي سالمين عن المعارضة ثم انهما يدلان على التخيير وفضلية السر على الابداء كورفي الكتاب المعنى فيه ان السر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج الى احياء حقه من الاء وال وذاك في حقوق العباد واما الحدود فحق الله تعالى وهو تعالى موصوف بالكرم والغنى وليس فيه خوف فوت حقه فجاء لذلك ان يختار الشاهد جانب السر وكان هو افضل صيانة لهتك عرض اخيه المسلم **قوله** ومنها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن (اربعة)

والخلفيتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية
 لقامها ما شهدته الرجال فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
 الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى فاستشهدوا شهدين من رجالكم
 ولا يقبل فيها شهادة النساء كما ذكرنا **قال** وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة
 رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة
 والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال

اربعة منكم ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فان قيل في هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد وليس
 فيها بيان نفي ذلك بدون العدد قلنا المقادير في الشرع لمنع الزيادة او النقصان او لمنعهما
 وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلو لم يقد منع النقصان لم يتق لهذا التقدير فائدة فكان هذا
 قضية متلقة من جهة المشرع فينتهي الى ما انها في الشرع اليه *

قوله والخلفيتين من بعده ابو بكر وعمر رضي الله عنهما **قوله** ولان فيها شبهة البدلية
 لقوله تعالى فاستشهدوا شهدين من رجالكم فان قيل هذا النص ورد في المداينات لما مر فكيف
 يكون حجة في الحدود والقصاص قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى ان هذه
 الآية جعلت حجة في غير المداينات من الحقوق التي تثبت مرة بالاقراء مرة بالشهود ولاحق يثبت
 شرعا بالشهود التي فوق الاثنين سوى حد الزنا فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنتين من الشهود
 ومن سائر الحقوق ببقية الحدود فيثبت بشهادة رجلين وفي المبسوط ثم القياس ان يكتفى بشهادة
 الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل
 موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد مالم يبلغوا حد التواتر فلا معنى
 لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة لقوله تعالى
 واشهدوا ذوي عدل منكم **قوله** كما ذكرنا اشارة الى حد بث الزهري وما ذكر من شبهة
 البدلية **قوله** والوصية اي الايصاء لانه في تعداد غير المال **قوله** ونحو ذلك كالعناق والنسب (قوله)

وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهم وحدث عن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واول وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يمتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد والثاني يبقى والثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يتقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندري بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن

قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطالع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عدم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه

قوله وتوابعها كالاجارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيارات **قوله** لوجود ما يمتني عليه اهلية الشهادة اي اهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء اذ في لفظ الكتاب نزع اخلال لانها لا تثبت بها اهلية الشهادة لان هذه الاشياء ثابتة للعبد والصبي العاقل والتافر ولا شهادة لهم **قوله** ونقصان الضبط بزيادة النسيان جواب عن قول الشافعي رح بقوله الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط فقال ذلك النقصان انجبر بضم الاخرى اليها **قوله** وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات اشارة الى قوله مثل النكاح والوكالة والوصية اما النكاح والطلاق يشبان مع الهزل والاكراه بخلاف الاموال وتوابعها حيث لا تثبت البيع والاجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل فلما ثبت هذه الاشياء اعني البيع وامثاله بشهادة النساء مع الرجال مع انها لا تثبت بالهزل فلان تثبت بشهادتهن النكاح والطلاق وهما يشبان بالهزل اولى واما الوكالة والوصية والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية ثبوتها (مع)

والجمع المحلي بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يستط اعتبار العدد الا ان المشتني والثالث احوط لما فيه من معنى الالتزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدن انها بكر بؤجل في العنين سنة ويفرق بعد ذلك لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن

مع الشبهات فيثبت ذلك بشهادة النساء ايضا وان كان فيها شبهة البديعة يقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول شهادة رجل واحد أولى وفي باب شهادة النساء من شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب انه شهد بذلك اي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتها فانفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول الشهادة اذا كان عدل في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجال أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشائخنا انه وان قال تعددت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا * **قوله** والجمع المحلي باللام يراد به الجنس اي اذا لم يكن منه معهود والكل ليس بمراد قطعاً فيراد به الاقل ضرورة لبطلان العدد بواسطة الجنسية وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط الاربع وعلى ابن ابي ليلى في اشتراط الثنتين ذكره في المبسوط وذكر في الايضاح ما لا مكان ابن ابي ليلى **قوله** لان نظر الجنس اخف لعدم الشهوة ولهذا بعد الموت تغسل المرأة المرأة والرجل الرجل فكذا يسقط اعتبار العدد اي لان نظر الجنس الى الجنس اخف يسقط اعتبار العدد بشرط ليقول النظر وبقي احتياطاً والمشتني والثالث احوط لما فيه من معنى الالتزام ولهذا يشترط فيها الحرية والاسلام ولفظ الشهادة واختص بمجلس القاضي **قوله** ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق اي في باب ثبوت النسب وهو قوله اذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد (لسته)

والعيب يثبت بقولهم فيحلف البائع واما شهادتهم على استهلال الصبي لا تقبل عندا يحنيفة ر
 في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها من امور الدين وعندهما
 تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضره الرجال عادة فصارك شهادتهم على
 نفس الولادة ولا بد في ذلك كله من العدالة ولغة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة
 وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
 ولقوله تعالى واشهد واذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة لصدق لان من يتعاطى
 غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف ر ح ان الفاسق اذا كان وجبها في الناس ذامرة
 تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح
 الا ان القاضي لو تضمن بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة
 فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا لامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة تؤكد
 فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله
 في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء

لستة اشهر فصاعدا فجدد الزوج الولادة ثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة *
قوله والعيب يثبت بقولهم اي في الحال وقيام العيب في الحال شرط لصحة الخصومة فيحلف
 البائع بانه لم يكن عنده هذا العيب وكيفية التحليف ان كان بعد القبض بالله لقد سلمها وهي
 بكر وان كان قبله بالله انها بكر **قوله** ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظ الشهادة اي في جميع
 ما تقدم **قوله** والاول اصح وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا سواء كان ذامرا او لم يكن
 وذلك لان قبول الشهادة لاکرام الشاهد كما قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى
 يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا قيت الفاسق فالتقه بوجه
 يكفهرو من يكون معلنا للفسق فلامروة شرعا فلهذا لا يقبل شهادته **قوله** واما لفظة الشهادة فلان
 النصوص نطقت باشتراطها اي ورد نظم النصوص بلفظة الشهادة والاشهاد والاستشهاد (نحو)

في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالتزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة ر ح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله هم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذا لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتل الاستظهار في شرط الاستقصاء فيه لوان الشبهة فيها اربعة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم

نحو قوله تعالى وقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تباعدتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فلما جاء الامر بهذه المنطة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر فان قيل يشكل على هذا اللفظ التكبير ورد النص بلفظه قال الله تعالى وربك فكبر ومع ذلك اجاز ابو حنيفة ومحمد ر ح تبديله بلفظ آخر في معناه نحو قوله الله اجل او الله اعظم فلما التكبير للتعظيم وفي قوله الله اعظم صريح التعظيم فكان هو مثله والشهادة من المشاهدة لفظا وبذلك التسم استعمالا لما كان كذلك فالحكم المعلق جوازه باللفظ الذي له زيادة وكادة في الاخبار لا يكون جوازه معلقا بلفظ هو دونه ولان قبول الشهادة في الزام الحكم على القاضي ثبت بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد فيه النص من الذي ورد لفظ الشهادة فيراعى فاما لفظ التكبير للتعظيم فهو موافق للقياس فيما فيه التعظيم فيتعدى حكمه الى موضع وجد حكمه فلذلك افترقا *

قوله في الولادة وغيرها هو الصحيح احترز به عن قول العراقيين وذكر الامام التمرقاشي ر ح في قول القابلة في مسئلة الولادة وهل يشترط لفظ الشهادة ففي شرح ابي بكر ر ح قال مشائخ بلخ وبخارا يشترط وقال العراقيون لا واتفقوا على انه يشترط الحرية والعقل والبلوغ والاسلام **قوله** وبالظاهر كفاية اذا لا وصول الى القطع جواب لما يقال ان الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق ومنها ثبت المدعى استحقاق المدعى به باقامة البينة فيجب ان لا يكتفى (بالظاهر)

لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد ر ح لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنية على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف من العدول وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلحة ويرد ها المعدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا تحرز اهل الفتنة وروى عن محمد ر ح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد

بأظهاره فاجاب ان الظاهر قائم مقام الدليل القطعي لما انه لا امكان للوصول الى الدليل القطعي وذلك لانه لو لم يكتف بظاهر العدول لاحتاج الى تزكية المزكي وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لما ان المزكي في قوله عدل غير كاذب لان المزكي مسلم والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلو لم يكتف بظاهر عدل الشاهد لكونه عملا بالظاهر لوجب ان لا يكتفى بظاهر عدل المزكي ايضا لانه عمل بالظاهر فبحسب احتاج الى مزك آخر في تعرف عدل المزكي الاول وكذلك في الثالث والرابع وهذا امر يؤدي الى التسلسل وقولهم ان الظاهر لا يكفي للاستحقاق قلنا قد يكفي له اذالم ينازعه آخر الا ترى ان الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على دارة اذالم ينازعه المشتري في ذلك وههنا ايضا كذلك لان كلامنا فيما اذالم يطعن المدعى عليه في الشهود ولو طعن فمح يسأل عنهم كما انوازع المشتري الشفيع في ما في يد الشفيع بانه لا ملك له فيه *

قوله لانه يقابل الظاهران لان الظاهران لا يطعن كذا **قوله** وفيه صون قضائه عن البطلان اي على تقدير ظهور الشهود عبدا او كافرا يبطل القضاء **قوله** ان يبعث المستورة الى المعدل المستورة اسم للرقعة التي يكتبها القاضي ويعتقها سرا بيد امينه الى المزكي (سميت)

قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة باصل الدار وهذا اصح *

سميت بها لانه تستر عن نظر العوام وفي المغرب حلية الانسان صفته وما يرى عنه من لون وغيره والجمع حلى بالضم والكسر والمصلى قبل المراد به المحلة وقيل مسجد المحلة وهو الظاهر وصورة تركية السران يبعث القاضي رسولا الى المزكي او يكتب اليه كتابا فيه اسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم ان كان سوقيا حتى يتعرف المزكي فيسأل عن جيرانهم واصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل بسكت احترازاً عن هنك الستر ويقول والله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضي بشهادته فمحصر بصرح بذلك ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستورا وصورة تركية العلانية ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد ويقول للمعدل هذا الذي عدلته او يقول للمزكي بحضرة الشهود هؤلاء عدول مقبول الشهادة وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول اي في عهد الرسول عليه السلام واصحابه لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا يخاف من المدعي ولا من الشهود لانهم كانوا منقادين للحق ولا يتأبلونه بالاذى لو جرحهم ووقع الاكتفاء بتركية السري زمانا وترك تركية العلانية لانها بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعي يتأبلون الجراح بالاذى قال ابن سماعة عن ابي يوسف راح اقبل في تركية السرا المرأة والعبد والمحدود في القذف اذا كانوا عدولا ولا اقبل في تركية العلانية الا من اقبل شهادته لان تركية السر من باب الاخبار والمخبر عنه به امر ديني وقول هؤلاء في الامور الدينية مقبول اذا كانوا عدولا لا ترى انه يقبل روايتهم في الاخبار عن رسول الله صلبه السلام ويجب الصوم بقولهم واما تركية العلانية نظير الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب الا بها كما لا يجب الا بالشهادة حتى شرط في المزكي في تركية العلانية ما هو الشرط في الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصروا ان لا يكون مجذوبا في قذف سوى (لفظ)

قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحم الله يجوز تزكيته لكن عند محمد رحم يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدل عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق * واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد رحم لا يجوز الاثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالت وهو بالتزكية فيشترط فيه العدل كما يشترط العدالت فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء واشترط العددا امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها * ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العددا بالاجماع على ما قاله الخصاف رحم الاختصاص بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحم

لفظ الشهادة وعلى هذا تزكية الوالد لولده في السرجانة لانها من باب الاخبار كذا في الذخيرة **واول** من سأل في السر شريح حتى قيل له احدثت يا ابا امية قال احدثتهم فحدثنا * **قوله** وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود اي قال ابو حنيفة رحم تفريعا على قولهما وذكر قاضي خان رحم في جامعه ثم فرع ابو حنيفة رحم على قول من يرى المسئلة عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة لم يقبل قول الخصم اي المدعى عليه * **قوله** واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود اراد به المرسل الى القاضي وهو المزكي **قوله** وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي معناه من ينقل قول المزكي الى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكي **قوله** واشترط العددا امر حكمي اي امر (ثبت)

(كتاب الشهادة فصل)

* فصل *

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والافرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعد ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع *

قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب * ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو نسي ركنه لا يقبل لان النعمة تشبه النعمة (فلم يحصل العلم) الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع افرازا داخل ولا يراد له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء

ثبت بالنص بخلاف القياس لان رجحان المصدق في حق العمل بالعدد القلا بالعدد كما في رواية حديث النبي عليه السلام في حق العلم بالتواتر واذا كان كذلك فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادات لكننا تركنا ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد فلا يتعداها اي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية والله اعلم

* فصل *

قوله احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي لا يحتاج فيه الى الاشهاد بل يجوز ان يشهد بدونه ولا كذلك الشهادة وقيل معناه ان حكم البيع وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في الظاهرة واما الشهادة في ما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي فاذا سمع ذلك الشاهد اي في ما يعرف بالسمع مثل البيع (و)

فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للمسامح
 ان يشهد لانه ما حملة وانما حمل غيره * ولا يحل للمشاهد ان رأى خطه ان يشهد الا ان
 يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قبل هذا على قول الشيخين تروح وعندهما
 يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته
 في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قبطه فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان
 فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر
 المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به ان يشهد فانحن وانتم *
 ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول والولاية القاضي
 فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز

والاقرار وحكم الحاكم او رآه كالغصب والقتل وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم
 ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء اي في تجويز الاداء قال الله تعالى الا من شهد
 بالحق وهم يعلمون والتمسك بالآية على قوله وسعدان يشهد به لانه اطلق اداء الشهادة بمجرى
 العلم وقد حصل ذلك بالرؤية في المراتب وبالسماح في المسموعات والعلم شرط جواز الاداء
 حيث جعله حلالا في قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شروط وشرطاني قوله عليه السلام اذا علمت
 مثل الشمس فاشهد وانما جعله ركنا لزيادة تأثيرة في توثق صحة اداء الشهادة على العلم *

قوله فلا بد من الانابة والتحميل لانه تصرف على العمل من حيث زوال ولايته في تنفيذ
 قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحميل منه
قوله وقيل هذا بالاتفاق اشارة الى اول المسئلة وهو قوله ولا يحل للمشاهد ان رأى خطه ان يشهد
قوله وعلى هذا اذا ذكر المجلس اي لا يحل للمشاهد ان يشهد اذا ذكر المجلس الذي كانت
 فيه الشهادة ولم يتذكر الحادثة فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة **قوله** والدخول لانه
 امر مشتهر ويتعلق به الاحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان (قوله)

(كتاب الشهادة فصل)

لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعايينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلوم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وفيما في الموت يكتفى باخبار واحد او واحد لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد ان الانسان يدا به ويكره فيه كون في اشتراط العدد بعض الحرج والاكثار النسب والتكادح وينبغي ان يطابق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي ان يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معايينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر لتقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جالس مجلس القضاء يدخل عليه "مخضرم حل له ان يشهد على كونه قاضيا فكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينسبط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الزوج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة فبقي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف راج آخر ان يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عم الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد راج انه يجوز في الوقف لانه يمتنع على من الا عصا را لا انا نقول الولاء يمتنع على زوال الملك ولا بد فيه من المعايينة فكذا فيما يمتنع عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر *

قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بان يقول اشهد انه ابنه واشهد انها امراته اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدقه فيكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا فسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد **قوله** دون شرائطه لان اصله هو الذي (يشتهر)

ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها عن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد رح في الرواية وقال الشافعي رح داليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا رح لان اليد متنوعة الى امانة وملك فلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة

يشتهر قال الامام ظهير الدين المرغيناني لابد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكر ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وتاريل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعد ما شهدوا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا بيداً من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا تلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم *

قوله ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها اذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان اكثر ما في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشراء والهبة وما اشبه ذلك الا ان الشري انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكاً للبائع وانه يعرف كون المبيع ملكاً له بيده بلا منازع فيثبت ان لا دليل على الملك سوى اليد فكان للشاهد ان يعتمد على مثل هذا الدليل اعتباراً للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له ان يشهد بالملك لذي اليد لان الاصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فعد فعند اعواز ذلك يصير الى ما يشهد به اليد قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق قول محمد رح في الرواية فيشترط ان يقع في قلبه انه لا اتفاق وقال الشافعي رح داليل الملك اليد مع التصرف وبه قال مشائخنا رحمهم الله لان اليد تنوع الى ملك وضمنان وامانة فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك فلنا والتصرف ايضا يتنوع الى نيابة (كا)

ثم ان عاين المالك والمالك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في بدنه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يداهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء

كانوكيل والمضارب والى اصله فلا معنى لاختيار هذه الزيادة اذا الاحتمال الا يزول بها والاصل ان الاملاك تكون في يد الملاك والكنون في يد غيره عارض فرجنا الاصل فان قيل الشاهد اذا قيد الشهادة بما استناد العلم به من معاينة اليد فالتاضي لا يقبل شهادته ولو جاز تحمل الشهادة بالمعاينة لتقبل القاضي الشهادة فلنا نحن جعلنا العيان سببا للجواز لا للوجوب والتاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ونحن ما ضمننا ذلك ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده او يتصرف فيها تصرف الملاك وبيعت دار بجانب هذه واراد صاحب اليد ان يأخذها بالشفعة فالتاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان يكون الدار ملك الشفع لان القياس ليس سببا للوجوب لكنه سبب الجواز *

قوله ثم ان عاين المالك والمالك المسئلة على اربعة اوجان عاين المالك والمالك بان عرف البائع باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة ووقع في قلبه انه له ثم رآه في يد آخر فجاء الاول ادعى الملك وسعدان يشهد الاول بالملك بناء على يده وان عاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدود ينسب اليه فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصارا المالك معروف بالتسامع والمالك معروف وان لم يعاين المالك والمالك ولكن سمع من الناس قالوا فلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك (وان)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لان لهما يد اعلى انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رح
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح تقبل فيما يجري فيه
السمع لان الحاجة فيد الى السماع ولا خال فيد وقال ابو يوسف والشافعي رح يجوز اذا كان
بصيرا وقت التحمل احد ول العلم بالمعينة والاداء يختص بالقول واسانده غير مؤلف والتعريف
يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولما ان الاداء يقتصر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الابن النعمة وفيد شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة
لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كاحد من القصاص ولو عسي بعد الاداء يمنع القضاء عند ابي حنيفة
ومحمد رح لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا
خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية لموت قد انتهت وبالغيبه ما بطلت *

وان عين الملك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو
لا يعرف تلك الضيعة بعينها الا يسمع ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدد وهو شرط الشهادة *

قوله لان لهما يد اعلى انفسهما حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يثبت
لغيره يد اعلى الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر التصرف وهو
الا استخدام مطلقا للشهادة لانه لا يصلح دليلا على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه
طوعا كما يستخدم العبد سيدا وعن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رح حسم الله انه يحل له
ان يشهد فيها ايضا فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكمال الا ترى ان من ادعى عبدا اوامة في يد
غيره وذو اليد يدعي لنفسه فاقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له بالملك لقيام يده عليه **قوله**
والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يد اعلى انفسهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله اعلم

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

قوله ولا تقبل شهادة الاعمى وقال مالك رح تقبل لان العدى لا يقدح في البولاية والعدالة (و)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فالولى ان لا يثبت له الولاية على غيره * ولا المحدود في القذف وان تاب لتوبته تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابد اولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب فلما الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن * ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتتام حده برده شهادته بعد العتق **قال** ولا شهادة الوالد لولده وولد لولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته

وباعتبارهما يجب الشهادة وهذا قبلت رواية الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابى حنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لانه في السماع كالصبر وقال ابو يوسف والشافعي رح اذا تحمل الشهادة وهو بصبر واداه وهو اعمى تقبل فيما لا يحتاج الى الاشارة كالديون والعقار *

قوله ولانه من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف لان فيه معنى الزجر لا نديؤ لم قلبه كما ان الجلد يؤلم بدنه وقد آذاه بلسانه فعوقب با هذا ومنفعة لسانه جزاء وفان فيبقى بعد التوبة كاصله وهو الجلد لان رده شهادته من تمام حده واصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتهم له بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد ثمة للفسق ولم يبق بالتوبة اذا التائب من الذنب كمن لا ذنب له **قوله** الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون لانه للاستيناف لان ما قبله امر ونهي فوضا الى الآية وهذه جملة اسمية اخبار عن حال قائمة فيهم فلم يحسن العطف فكانت مستأنفة فانصرف الاستثناء الى هذه الجملة فحسب او هو استثناء منقطع بمعنى لكن لان التائبين ليسوا من جنس الفاسقين فكان معناه لكن الذين تابوا فان الله بغفر (ذنوبهم)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

ولا العبد لسيدة ولا المولى لعبد ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجهه او تتمكن فيه التهمة قال رضي والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذة ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد بالاجير مسانهة ومشاهرة (او مبارمة) فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها * ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو ما مقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجهه او يصير متبهما بخلاف شهادة الغريم لاندلا ولاية له على المشهود به * ولا شهادة المولى لعبد لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجهه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى * ولا ملكا تبهما قلنا * ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لا شتر اكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة * وتقبل شهادة الاخ لاخته وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعهما متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض *

ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله *

قوله ولا العبد لسيدة اي لو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيدة للتهمة وهو قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت والقانع السائل من القنوع لامن القناعة واراد من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم **قوله** بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به اي لا يثبت له الولاية في المشهود به بالقضاء والغريم اذا ظفر بجنس حقه من مال مدبونه له ان يأخذه وذلك قد يكون وقد لا يكون فلا يورث التهمة **قوله** لان الحال موقوف مراعى اي لان حال العبد موقوف بين ان يصير للفرماء بسبب بيعهم في دينهم فيصير اجنبيا فتقبل شهادة المولى له او يبقى للمولى كما كان بسبب قضائه (دينه)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا تقبل شهادة مخنت ومراة المخنت في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة * ولا نائحة ولا مغنية لانهما تركبان محرمة فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحدتين النائحة والمغنية * ولا مد من الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه * ولا من يلعب بالطنبور لانه يورث غفلة ولا نه قد يتلف على عوارت النساء بصعوده سطحه لطير طيرة وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني * ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة *

دينه ولا ملكتبه ملائمة لانه شهادة لنفسه من وجه *

قوله ولا نائحة ولا مغنية ولم يرد به الذي تنوح على مصبتها وفي المستصفي واعلم بان التغني حرام في جميع الادمان فقال في الزيادات واذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكرونها الوصية للمغنين والمغنيات وحكي عن ظهير الدين المرغيناني رح انه قال من قال لمقري زمانا احسنت عند قراءته. **قوله** ولا مد من الشرب على اللهو واطلق الشرب على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا وفي فتاوى قاضي خان رح ولا تقبل شهادة مد من الخمر ولا مد من السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا يبطل عدته وان كانت كبيرة وانما يبطل اذا ظهر ذلك او يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب وفي الذخيرة ولا يجوز شهادة مد من الخمر ولا مد من السكر لانه كبيرة ثم شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته انه يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا يجوز شهادة مد من السكر وانما اراد به في سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على الشرب ولا من يغني الناس وانما قيد بقوله للناس لانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة قبلت شهادته ولا يقال ان فيه تكرارا بعد ذكر المغنية قبل هذا لانا نتول ذلك مخصوص (بالمرأة)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للمفسق **قال** ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام * او ياكل الربوا او يقام بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه مساغ وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا مشهورا بدلان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا *

قال ولا من يفعل الانفعال المستحقة كالبول على الطريق

بالمرأة وهذا عام ولان الاول في تغني المرأة مطلقا لان رفع الصوت فيها حرام خصوصا اذا كان مع الغناء وهذا في التغني اللباس *

قوله ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد واختلفوا في تفسير الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق والحب المو من والزنا وشرب الخمر وهو قول اهل الحجاز واهل الحديث وزاد بعضهم على هذا السبع اكل الربوا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة واصح ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الائمة الحلواني رح انه قال ما كانت شيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والنجور والحب عليهما من جملة الكبائر فوجب سقوط العدالة كذا في الذخيرة **قوله** فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع للشهادة وفي الذخيرة ولا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج لكن يشترط انضمام احدي المعاني الثلاثة اذا قام عليه او شغله عن الصلوة او اكثر الخلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الاشياء الثلاثة من الكبائر ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال قال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا **قوله** لان الاجتهاد فيه مساغا قال مالك والشافعي رح يحل اللعب بالشطرنج * (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ولا من تقبل)

والا كل على الطريق لاند تارك المروءة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب
فيهم لا تقبل شهادة من يظهر سب السلف اظهور فسق بخلاف من يحمده * وتقبل شهادة اهل
الاهواء الا الخطائية وقال الشافعي رح لا تقبل لانه اغاظ رجوة الفسق ^{بما} انفسق من حيث
الاعتقاد وما وقع فيه الا دينه به وصار كمن يشرب المثلث اذ ياكل متروك التسمية ^ع ما مستباحا
لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطائية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة
لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتكملت التهمة في شهادتهم *

قوله والا كل على الطريق يعني به مجرى الناس وذكر في فتاوى قاضي خان رح
ولا تقبل شهادة من ياكل في السوق بين ايدي الناس لان ذلك لا يفعل من كان له مروءة
ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وفي المستصفى السلف جمع سالف وهو الماضي
وفي الشرع اسم لكل من يثقل مذهبه ويفتنى اثره كما في حنفية واصحابه رحمهم الله فانهم سلفاء
والصحابة والتابعون سلف لا يحنيفة واصحابه كذا ذكره بدر الدين وفي الذخيرة قال ابو يوسف
لا اجيز شهادة من يشتم اصحاب رسول الله عليه السلام لانه لو شتم واحدا من الناس لانجوز
شهادته فهنا اولي وتقبل شهادة اهل الاهواء ^{ال} الهوى ميلان النفس الى ما يستند به
من الشهوات وانما سموا به لما بعثهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج وغيرهم فان
اصول الاهواء سنة الجبر والتدبر والرفض والخروج والنشيب والتعطيل ثم كل واحد
يصير اثني عشر فرقة فيبلغ الى اثنين وسبعين فرقة وفي الذخيرة وشهادة اهل الاهواء
مقبولة عندنا اذا كان هوى لا يكفر به صاحب ولا يكون ما جئا ويكون عدلا في تعاطيه وهو
الصحيح وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة اهل الاهواء لانهم فسق اعتقادا اغاظ منه
تعاطيا ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق انما لا تقبل شهادته لدلتهمة الكذب والفسق من حيث
الاعتقاد لا يدل على ذلك لانه انما وقع في الهوى المتعمق في الدين الا ترى ان منهم من يعظم
الذنب حتى يجعله كفر فيكون ممتنع عن الكذب كمن تدارى المثلث او متروك التسمية عمدا معتقدا
اباحته فاندلا يصير به مردود الشهادة **قوله** الا الخطائية الخطائية قوم من الروافض ينسبون (الى)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رح لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره وايضا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمتردد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والعسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محذور الاديان بخلاف المتردد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له (على المسلم) بالاضافة اليه ولانه يتقوى عليه لانه يغظه قهرة اياه وملل الكفروان اختلفت فلا تهر ولا يحملهم الغيظ على القول *

قال لا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه

الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجذع وكان يزعم ان عايه الابلد الاكبر وجعفر بن محمد الصادق الاله الاصغر فطرده جعفر فادعى في نفسه انه اله وزعم اتباعه ان جعفر اله وابو الخطاب اعظم منه وهم كانوا يدينون شهادة الزور لمواقبهم على مخالفتهم وتبيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم انه محقق ويقولون المسلم لا يخلف كاذبا فيمكن شبهة الكذب في شهادتهم *

قوله وصار كالمتردد اي لا تقبل شهادة المتردد لجنسه وبخلاف جنسه وعليهما وكذا الكافر **قوله** ملل الكفروان اختلفت فلا قهر جواب لما يقال كما ان بين المسلم والذمي معاراة كذلك بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين المجوس فكان ينبغي ان يكون اختلاف الملل مانعا فقال وان اختلفت مللهم لم يضر بعضهم مقهور بعضهم ليحملهم ذلك على القول بخلاف الكفار فهم مقهورون من جهة المسلمين وذا يحملهم على القول عليهم **قوله** اراد به والله اعلم المستامن وانما قيد بهذا لعدم شهادة الكافر الحربي على الذمي لما ان الشهادة انما تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام ولو دخل حربي في دار الاسلام بغير استئمان يوءخذ قهرا فيسترق فيكون شهادته شهادة عبدة فلا تقبل شهادة عبدة على احد (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى جلالته وتقبل شهادته الذمي عليه شهادة المسلم عليه وعلى
الذمي * وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا
من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين ينقطع العلم بالادلة التي يسمع التوارث
بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن * وان كانت الحسابات غالب من السبب
والرجل يجنب النجا توفيت شهادته وان لم ينعصية هذا والصحيح في حدادته المعتبرة اذا لم
لده من توفيت النجا توفيت او بعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الامام بمعصيته لا يتدح به العدالة
المشروطة ولا يريد به الشهادة المشروطة لان في اعتبار اجتناب النجا سد باب وهو مفتوح احياء للحقوق

قوله لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى منه اي اقرب الى اهل الاسلام لانه قبل ما هو خلف
الاسلام هو الحرية ولانه صار محقون الدم على التأييد وايضا يقتل المسلم بالذمي قصاصا ولا يقتل
المسلم بالمستأمن **قوله** بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن متصل بقوله وان كانوا
من دارين كالروم والترك لا تقبل اي شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا
من منعات مختلفة لانهم صاروا من اهل دارنا حتى لا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب
فلما كان كذلك صاروا بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على اهل الذمة كلهم وان كانوا
من منعات مختلفة فكذلك شهادة بعضهم على البعض لان دار الاسلام لا تختلف باختلاف المنعة
بخلاف المستأمنين حيث لا تقبل شهادة بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل الدارين كالروم
والترك لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث فان قيل
الذمي مع المستأمن مختلفان دارا وقد قبلت شهادته على المستأمن فلما الذمي لعقد الذمة
صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستأمن فكذلك شهادته على المستأمن بخلاف الرومي
والتركي الاستوائية قد اختلفت الدار فامتنع القبول **قوله** وان لم ينعصية حكى عن الشيخ
الامام شمس الاثمة السرخسي رح انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغائر ولا يخلون
عن اتيان ما هو مأذون به في الشرع فيعتبر في ذلك الغالب يريد به في حق (الصغائر)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال وتقبل شهادة الألف لأنه لا يخل بالعدالة إذا ترك استخفافاً بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً **قال** والخشي فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطع عضو منه ظمناً فصاركما إذا قطعت يده **قال** وولد الزنا لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لأنه يجب أن يكون غيره كمثلهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والدلائل في العدل **قال** وشهادة الخشي جائزة لأنه رجل وامرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشائخ رحمه الله لأن نفس العدل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم وقيل العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لأنه لو جاهد لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولطهاً بته لا يستأجر على الشهادة المكاذبة *

قال وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحساناً وإنكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وإن ادعى وعلى هذا إذا شهد الموصي لهذا بذلك أو غيرهما لهذا على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أن أوصى إلى هذا الرجل معهما

الصغار فإن كان غالب أحواله انديأتي بما هو ماذون به في الشرع ويحترز عما لا يصلح في الشرع من الصغار كان جائزاً الشهادة بعد أن تحزر عن كل الكبار وإن كان غالب أحواله أنه لا يحترز من الصغار لا يكون جائزاً الشهادة *

قوله تقبل شهادة الألف وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا تقبل شهادة رانما تقبل عندنا إذا ترك بعد الكبر وخوف الهلاك فإن ترك على وجه الأعراض عن السنة والاستخفاف بالدين فلا تقبل شهادته لأنه لم يبق عدلاً **قوله** وشهادة الخشي جائزة وفي الخزنة والخشي المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل **قوله** وعمال السلطان عند عامة المشائخ وهم الذين يعينون السلطان في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم لأن من الناس من قال لا تقبل شهادة هؤلاء (و)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان القاضي ولا يقبل نصب الوصي اذا كان طالب الموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنثة التعيين لان يثبت بهاشي نصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس لدولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة في الغريبين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يشتران على انفسهما يثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب رطله بقبض ديونه بالكوفة زاد على الوكيل او انكر لا تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انها يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة *

وانما اورد هذه المسئلة رد القول ذاك القائل لان كسبهم اطيب الكسب على ما ورد في الحديث افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذاك جرحا *

قوله وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وهذا لان الوارثين قصدوا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهم في احياء حقوقهم والغريمان قصد انصب من يستوفيان منه حقهما او يبرآن بالدفع اليه والوصيان قصد انصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والوصي لهما قصد انصب من يدفع اليه حقوقهما **قوله** مؤنثة التعيين لان القاضي يلزمه ان يتأمل في هذا الوصي انه هل يصلح للوصية لاما تدور يانته وهذا يته ام لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكياه واخبرا القاضي بانده اهل لذلك فكفى مؤنثة التعيين فصار كالقرعة فانها ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي **قوله** والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا جواب لما يقال اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب وصي آخر على الميت فلا يكون لذلك من غير شهادة فتسكن التهمة في الشهادة فاجاب ان الوصيين اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي ليس له اجبار احد على قبول الوصاية وبخلاف (ما)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الرفع بالتوبة فلا يتحقق الالتزام ولا ن فيه هتك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم *

قال ولو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرازا ائدا عليه فلا خصم في اثباته (لان المدعي عليه في ذلك اجنبي عنه) حتى لو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال

ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه ح لم يكن له ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فيصير الشهادة موجبة بطل بمعنى التهمة وفي الغريمين المبيت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا قبل معنى القبول امر القاضي اياهما براءة ما عليهما اليه لبراءتهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فيه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها *

قوله ولا يسمع القاضي البينة على الجرح اي على الجرح المجرد وهو ما يتضمن لفسق الشهود من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او حق من حقوق العباد نحو ان يشهدوا ان شهود المدعي فسقة او زناة او آكلة الربوا او شريرة خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالنزور او على اقرارهم اجراء في اداء هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انه لا شهادة لهم على المدعي عليه في هذه الحادثة وانما لا تقبل لان البينة انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه بالفسق مما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لان فيها (ا)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

ولهذا اذ لم اذ لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف
او شريك المدعي **تقبل قال** ومن شهد ولم يبرح حتى قال او همت بعض شهادتي فان كان
عدلا جازت شهادته ومعنى قوله او همت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره
او بزيادة كانت باطله ووجهه ان الشاهد قد يبتلي بمنتهى الهذابة مجلس القضاء فكان العذر
واضحاً متى بل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا اقام عن المجلس ثم عاد وقال
او همت لان يومهم الزيادة من المدعي بتلبس وخيانة فوجب الاحتياط وان المجلس
اذا التحق الحق الملحق باصل الشهادة فصار كلام واحد ولا كذلك اذا اختلف
المدعي في الحاشية بلا ضرورة وهي حرام بالنص والمشهور به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يثبت
ان فيه ضرورة وهي كف الظلم عن الظلم بالشهادة الدائنة وقد قال عليه السلام ان صراخاك
ظلم او مظلوم لانه لا ضرورة في اداء هذه الشهادة على صلاء من الناس ويمكنه كفه عن الظلم
باخراة القاضي بذلك سرا لا اذا شهد واعلى اقرار المدعي انهم فسقة وشهدوا بضرورة وانحد
لانهم ما شهدوا بظلمهم والناحشة وما حكوا اظهار الناحشة عن غيرهم فلا يصبرون فاستقيم فيثبت
المشهور به وكذا الاقرار بما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الالتزام لانه لا يرتفع بالتوبة *

قوله ولهذا اذ لم اذ لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف اذا كان فيه خصم ثم
بنيت الجرح بناء عليه قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد تقبل لان الرق حق الله تعالى
او محدود في قذف لان فيه احياء حق الله تعالى وهو رد الشهادة وان من تمام الحد او شارب
خمر او ام يتقدم العهد لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد او قاذف والمقتذوف يدعي
لان فيه احياء الحد وفيه حدان والمغلب حق الله تعالى او شريك المدعي اي يشهد بدل مشترك
فيثبت التهمة والشهادة تترد بالتهمة فان قيل ينبغي ان يقبل الشهود في الجرح المجرد لانه
في معنى التزكية علانية قلنا في هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعزير بهذه
الاشاعة فكان يمكنهم ان يخبروا القاضي بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باساعة
الناحشة من غير ان يشتموا بها حق ولا يصلح الفاسق معدلا **قوله** ومن شهد ولم يبرح (حتى)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله انه يتقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم *

حتى قال او همت في بعض شهادتي قيل معنى قوله او همت في بعض شهادتي ان يكون غلطا في المقدار او في الجنس او في السبب ثم قيل يقضي بجميع ما شهد لان ما شهد صار حقا للمدعي على المدعي عليه ولا يبطل لقوله او همت وقيل يقضي بما بقي حتى لو شهد بالف وقال غلطت بخمسائة بل هو خمسمائة يقضي عليه بخمسائة لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة ولو شهد بخمسائة لا يقضي بالف كذا هذا واليه مال شمس الائمة السرخسيرة وروى الحسن بن زياد عن ابى حنيفة رح اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء وبعد القضاء وقالا او همتا وهما غير متهمين قبل ذلك منهما وروى بشر عن ابى يوسف رح في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم بجي بعد ذلك وقال شككت في كذا وكذا في شهادتي التي شهدت بها فان كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته في ما بقي واذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وكذا قوله رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال او غلطت او نسيت فهو مثل قوله قد شككت *

قوله وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود بان يذكر الجانب الشرقي في مكان الجانب الغربي او على العكس او في بعض النسب بان يذكر محمد بن احمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلا اي تقبل اذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده **قوله** وهذا اذا كان موضع شبهة قال في النهاية اي موضع شبهة التلبس من المدعي او المدعي عليه فاما اذا لم يكن اي موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك بان ترك ذكر اسم المدعي او المدعي عليه وترك الاشارة الى المدعي والمدعي عليه وعن ابى حنيفة وابى يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا الاول هو الظاهر (باب)

(كتاب الشهادة باب الاختلاف في الشهادة)

* باب الاختلاف في الشهادة *

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها *

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهدا احدهما باللف والآخر بالغير لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الاثني وعلى هذا المائة والمائتان والثلثة والطقتان والطقه والثلث لئلا ينهما اتفاقا على الالف او اطلقه وتفردا احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتماعا عليه دون ما تفرده احدهما فصار كالالف والالف والخمسائة ولا يبي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستند باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الاثني

* باب الاختلاف في الشهادة *

قوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لان كل احد خصم في اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل احد فصار كان الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبته او مطالبة من يقوم مقامه فاذا وافقت الشهادة الدعوى وجد من المدعي مطالبة ما يشهد به الشهود فتقبل واذا خالفتها لم يوجد من المدعي مطالبة ما يشهد به الشهود فلم تقبل ويعتبر اتفاق الشاهدين لان القضاء انما يجوز بحجة وهي شهادة المشي فما لم يتفقا فيما شهدا به لا يثبت الحجة واتفاقهما في اللفظ والمعنى شرط عند ابي حنيفة رح والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فان شهدا احدهما باللف والآخر بالغير لا تقبل الشهادة عنده كما لو شهدا احدهما بدراهم والاخر بدنانير وهذا لان لفظ الاثني غير لفظ الالف وما يراى بالاثني غير ما يراى بالالف فلم يثبت واحد من اللفظين لانه ليس على كل واحد من اللفظين الاشهادة واحدة فان قيل الالف موجود في الاثني (قلنا)

(كتاب الشهادة باب الاختلاف في الشهادة)

بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال
قال وان شهدا احدهما بالف والاخر بالف وخمسائة والمدعي يدعي الفا وخمسائة
قبلت الشهادة على الالف لا تفارق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسائة
جملتان عطف احدهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره المطلق والملتصق والنصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف
فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهاده الذي شهد
بالالف والخمسائة باطل لانه كذب المدعي في المشهود به وكذا اذا سكنت الا من دعوى
الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق وقال كان اصل حقي الفا وخمسائة
ولكنني استوفيت خمسمائة او ابرأتني عنها قبلت لتوفيقه *

قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاة منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لا تفارقهما
عليه ولم يسمع قوله انه قضاة لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعنه ابي يوسف رح
انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاة مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا

قلنا نعم اذا ثبت الاثبان ثبت الالف في ضمنه فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه
الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد آخر انه قال لها انت
برية لا يثبت شيء وان اتفقا في المعنى وفيما اذا شهدا احدهما بالالف والاخر بالالفين
تقبل ان وقع الدعوى في الفين بان كان في كيسه الفان رهم فشهد احدهما ان جميع
ما في الكيس له وهو الفان رهم وشهد آخر بان نصف ما في الكيس له وهو الفان رهم
قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه *

قوله بل هما جملتان متباينتان اي كلمتان متباينتان وتسميته جملة لان مدلول كل واحد
منهما جملة مغايرة لجملة هي مدلول الآخر **قوله** فلا بد من التوفيق هذا جواب الاستحسان
والقياس ان تقبل لا مكان التوفيق **قوله** وجوابه ما قلنا وهو قوله لا تفارقهما عليه (قوله)

(كتاب الشهادة ... باب الاختلاف في الشهادة)

قال ويسعي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يترامد عي انه قبض خمس مائة كبر لا يصير معينا على الظلم وقال في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لانهما عليه وتفردا احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر راجح لان المدعي اكذب شاهد القضاء فلهذا الكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول *

قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيد ايوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احدهما كاذب بيقين وليست احدهما بالاولى من الاخرى فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم يقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية *

قوله فلهذا الكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول بانه ان الشاهدين اذا شهد الانسان بمال ثم شهدا عليه بمال لانسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذي هو المشهود له اولاً يقضى له بما شهدا له وان كان هو ينسقهما فيما شهدا عليه لان هذا تنسيق عن اضطرار والموجب للرد هو التنسيق عن اختيار وكذلك لو شهدا الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكذبهما المشهود له في المائة دينار تقبل شهادتهما على الف درهم ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يتقدح في شهادته له ولو شهد شاهدان انه قتل زيد ايوم النحر بمكة وشهدا آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين وان اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء والانطلاق والعنق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والنفذ تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان كان المشهود به قولاً كالبيع ونحوه فاختلف الشاهدين في الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرروا ان كان المشهود به فعلاً كالغصب ونحوه او قولاً لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور (١)

قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والاخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة ر ح وقال لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لافي السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل نعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحداهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الميالي من بعيد واللون يتشابهان ويجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يمصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجمعان في واحد

الشاهدين فعل وهو شرط فاختلفا فهما في المكان او الزمان يمنع القبول فان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد ر ح اذا اختلف شاهد القذف في زمانا ومكانا لا تقبل شهادتهما وان كان قولان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشاء والاخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشاء ان تقول زنت او انت زان والاخبار ان يقول قد فتك بالزنا و ابو حنيفة ر ح يقول يحتمل انه سمع احدهما الانشاء والاخر الاقرار او كلاهما الاقرار وثبت عندهما قذفه فهما شهدا به *

قوله واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها نطع الى قوله وقال لا يقطع وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة نقط واما اذا ادعى سرقة بقرة بيضاء او سوداء لا تقبل شهادتهما بالا جماع لانه كذب احدهما لا يثبت **قوله** وصار كالغصب بل اولى لان امر الحداهم اي الحد اعسر في الاثبات من الغصب لان الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجل وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحد فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة اولى ان لا يثبت الحد **قوله** وله ان التوفيق ممكن الى قوله واللون يتشابهان (او)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه **قال** ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمس مائة فالشهادة باطله لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد وان المدعي يكذب احدا شاهديا وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي انل المالكين او اكثرهما

او يجتمعان فان قيل هذا احتيال وطلب توفيق لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتمل لدروته لا لاثباته فلان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكنا نقله فصار كما اذا اختلفا في ثياب السارق وهذا لانهم بكلفان بيان القيمة ليعلم انه هل كان نصا با فاما اللون فلا واذا لم يكن القطع مضافا الى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فيصح الاخبار به للاثبات احياء للحقوق بقدر الامكان والتوفيق ممكن وبهذا تبين ان الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة اذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فان قيل لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمى بلقاء لا سوداء ولا بيضاء قلنا نعم ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهو عندة على ذلك اللون *

قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه اي الوقوف على صفة الذكورة والانوثة لا يكون الا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشتبه فلا حاجة الى التوفيق **قوله** لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فان قيل المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لما ان الاسباب لا تراعى لذاتها وانما هي وسيلة للمقصود فكيف يكون اثبات السبب مقصودا قلنا الحكم مقصود في حق الانتفاع حتى اذا ثبت الحكم لا يجب السؤال عن سببه انه باي سبب ثبت هذا فان الشهادة بالملك المطلق صحيح ولكن لو ثبت الحكم لا يثبت الا بسبب معين وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين في حق ذلك السبب المعين فكان اثبات ذلك السبب المعين مقصودا للمدعي والشاهدين حتى يثبت الحكم بناء عليه لانه مقصود بنفسه وذكر شيخ الاسلام علاء الدين السمرقندي (في)

لما بينا وكذلك الكتابة لان المتصور هو العقدان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المتصور اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح من دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة او العبد او القاتل لان المتصور اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لاحظه في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع

في شرح الجامع في آخر الباب من الاقرار الذي يختلف فيه المنطق قال السيد الامام اذا ادعى الشراء فشهد احدهما بالشراء بالف والآخر بالشراء بالف وخمسائة تقبل ولو اختلف الجنس بان شهد احدهما بالشراء بالف وآخر بالشراء بمائة دينار لا تقبل لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسائة بان يشتري بالف ثم يزيد في الثمن خمسمائة فقد انتفع على الشراء الواحد اما الشراء الواحد فلا يكون شري بالف درهم ثم يصير شري بمائة دينار كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله لما بينا اشارة الى ان المتصور اثبات السبب **قوله** فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه اي خلافا وفاقا **قوله** لانه لاحظه في الرهن فان الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن ان يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء ولا معتبر لمنفعة سقوط الدين عن الراهن بهلاكه لانه موهوم عسى ان لا يثبت ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق فلا يفيد بينة الراهن على اثبات حق الغير **قوله** وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبع للدين (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تنبل شهادته ومن لا تقبل)

وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فيدعي المدعي انما قيد بقوله والمدعي
قال واما النكاح وانه يجوز بالفي استحسانا واما لا هذا باطل في النكاح ايضا وذكروا في الامالي
قول ابي يوسف رحمه الله مع قول ابي حنيفة رحمه الله ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود
من الجانبين السبب فاشبه البيع ولا يبيح حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل
فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في ما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف
في التبع يتصون بالافل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح
ثم قيل الاختلاف في ما اذا كانت المبرأة هي المدعية وفي ما اذا كان المدعي هو الزوج
اجماع (عليه) ان لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصودها ليس الا العقد وقيل
الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه والله اعلم *

قوله وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فيدعي المدعي انما قيد بقوله والمدعي
هو الآخر لانه لو ادعى المستاجر عقد الاجارة بعد انقضاء مدة الاجارة كان ذلك منه اعترافا
بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما
قوله يتصون بالافل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح
فان قيل في هذا تكذيب المدعي لاحد الشاهدين كما في البيع قلنا المال ليس بمقصود ههنا
لما ان النكاح يجوز بدون ذكر المال ولو لم يثبت التكذيب انما يلزم في التبع والتكذيب فيه لا يلزم
التكذيب في الاصل وهو العقد بخلاف البيع فان المال مقصود فيه فالتكذيب في المقصود يوجب
نفي الحكم لانعدام نصاب الشهادة **قوله** وقيل الاختلاف في الفصلين وهما ما اذا كان المدعي
هو الزوج وما اذا كان المدعي هو المراه **قوله** وهذا اصح والوجه ما ذكرناه وهو
ما ذكر من الدليل في الطرفين من قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد الى ان قال
ولا يبيح حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل وهذا الدليل
لا يفرق بين ان يكون المدعي الزوج او المراه والله اعلم * (فصل)

* فصل في الشهادة على الارث *

قال ومن اقام البينة على داراتها كانت لا يبدعها رعاها واراد عنها الذي هي في يده فانه يباخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متي ثبت الملك للمورث لا يقضي المورث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند البينة محمد بن زائدة الا بيوسف رة هو يقول ان ملك المورث ملك المورث نصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة بالمورث وهما يقولان ان ملك المورث متجدد في حق العين حتى يجز عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للمورث الغني ما كان صدقة على المورث المقيوم فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لنبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما ذكره وقد وجدت الشهادة على ايدي مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجبر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يد جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنتقل بملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت

* فصل في الشهادة على الارث *

قوله ولا يكلف البينة انه مات وترك ميراثا له هذا بالاجماع اما عندا بيوسف ر ح فظاهر انه لا يشترط الجبر والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للمورث ضرورة لانه يخلفه في املاكه نصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحي بانها كانت له وبمنزلة الشهادة للمشتري انها ما كانت لبائعه وكذا على قولهما لانهما وان كانا يشترطان الجبر والانتقال الى المورث في الشهادة لم يشترط ذلك هنا لان المدعي اثبت لمورثه يدا في المدعى عند الموت بما اقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد الميعر والمودع فصار كانه اقام البينة ان اباه مات والدار في يديه ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هنا **قوله** في حق العين اي في حق احكام ترجع الى العين **قوله** ويحل للمورث الغني اي لولا تجديد الملك لما حل له ذلك **قوله** فلا بد من النقل بان يشهدوا انه مات وتركها ميراثا وان مات وهو ملكه **قوله** وكذا على قيام يده على ما ذكره اشارة الى ما ذكره (بقوله)

(كتاب الشهادة فصل في الشهادة على الارث)

وان قال الرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل ومن ابيوسف ر ح انها تقبل لان اليد متصورة كملك لو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصا ركنا اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لان يد ذي اليد معين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعينة وان اقر بذلك المدعي عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقرب لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان اذ اقرانها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هنا الاقرار وهو معلوم بثبوت لان الايدي عند الموت تنسب يد ملك بواسطة الضمان وذلك لان اليد عند الموت لا يخالو من ان يكون يد ملك او غصب او امانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا ان كانت يد غصب لانها يصير يد ملك لان بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد امانة فيصير يد غصب والتجديد فصارت يد ملك ايضا فصا ر الشهادة بيد معلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل الى الوارث ضرورة *

قوله وان قالوا الرجل حي يعني اذا كانت الدار في يد رجل فادعاه رجل آخر ليست الدار في يده انها له فشهد الشهود على هذا الطريق قيد بقوله حي لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت في يده وقت الموت تقبل الشهادة بالاجماع ويكون الدار لو ارثه وقد ذكرناه وقيد بقوله انها كانت في يد المدعي لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاتفاق واما قوله منذ اشهر ليس بقيد فانه ذكر الامام التمر تاشي ر ح شهدوا لحي ان العين كان في يده لم تقبل وعند ابيوسف ر ح تقبل **قوله** وان اقر بذلك المدعي عليه يعني قال المدعي عليه ان هذه الدار كانت في يد المدعي هذا وكذا لو شهد الشاهدان ان المدعي عليه اقرانها كانت في يد المدعي تقبل شهادتهما لان المشهود به هنا الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقرب وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعي عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله * (باب)

* باب الشهادة على الشهادة *

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلما لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عند بجنس الشهود فلا تقبل فيما تدرى بالشبهات كالحدد والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رح لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائلان مقام شاهد واحد فصار كالمراأتين

* باب الشهادة على الشهادة *

قوله وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية لزممت شاهد الاصل وليست بحق المشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية اولانه متمكن زيادة الشبهة فيها اذا اخبر اذا تناسخها الالسنه يتمكّن فيها زيادة ونقصان الا انهم تركوا القياس احياء للحقوق **قوله** ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت اي ولشدة الحاجة اليها جوزنا الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم الا ان فيها شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات كالحدد والقصاص كشهادة النساء مع الرجال بل اولى لان شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة سائر الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول وقالوا ان معنى البدلية لا يقوى لان القاضي يقضي بشاهد يشهد اصلا وبشهادة شاهدين على شهادة آخر ولا يجوز تكميل الاصل بالبدل كما في الوضوء والتميم ويجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الاصول ولكن في الشهادة على الشهادة شبهة زائدة يمكن الاحتراز عنها (بجنس)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

ولما قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فيهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما رويما وهو حجة على مالك رحمه الله حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة

بجنس الشهود بان يكثر الاصول فاذا اظهر لبعضهم عذر يمتنع بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به احق هو ام لا وهما ثبتت بشبهة زائدة في نفس الشهادة هل انها وجدت من الاصول ام لا فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان القاضي بلدة كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز فلان لان المشهود به فعل القاضي لانفس الحد وفعل القاضي مدان ثبت بالشبهات واما الذي لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان قيل اليس ان اقامة الحد مستقط للشهادة بطريق العقوبة فلما لا ولكن رد شهادته من تمام الحد فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف *

قوله ولما قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فوجه تمسك بهذا هو ان الاندول على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلعا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ومن قال به كان يقيدهم الاطلاق بغير دليل اذ لم يرو عن غيره خلافة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان لا يجوز شهادة الفرعين من اصلين لان الفرعين لما شهدا على شهادة اصل واحد صار بمنزلة اصل واحد ثم لو شهدا ايضا عن اصل آخر صار بمنزلة احد اصلين شهد عن نفسه وعن اصل آخر قلنا الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعدد في نفسه فلا يصلح ان يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحقيقا ولا تقديرا **قوله** من الحقوق اي من حقوق الناس لانه يجب على كل واحد من اصلين ان يؤدي ما عليه اذا طال به المدعي **قوله** لما رويما اي من قول علي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وانه يجوز شهادة (١)

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسي لان الفرع كالتائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جازلان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا او قال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقتصر منه وخير الامور اوسطها

الواحد على شهادة الواحد لان الفرعي قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة *

قوله ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي اي لا بد ان يشهد الاصل كما يشهد عند القاضي لينقله شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولا بد من التحميل وهو ان يقول اشهد على شهادتي ولا يقول اشهد علي بذلك لانه يحتمل ان يكون على اصل الحق المشهود به وهو امر بالكذب وكذا لا يقول فاشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون مراده فاشهد بمثل شهادتي فيكون امرا بالشهادة على اصل الحق **قوله** لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل لانه يشهد على شهادة الاصل **قوله** وذكر التحميل لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل **قوله** ولها لفظ اطول من هذا وهو ان يكون يقول الفرعي بين يدي القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان فلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الان فيحتاج الى ذكر ثماني شينات وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات وما ذكر في الكتاب هو اختيار شمس الائمة الحلواني رحمه **قوله** واقتصر عنه وهو ان يقول الفرعي عذ القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا اجاز (وفيه)

ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد ر ح لان القضاء عند شهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عند هما لان لا بد من نقل شهادة الاصول لتبصر حجة فيظهر تحميل ما هو حجة **قال** ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السهر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما

وفيه شيان فلا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث ر ح واختيار استاذ ابي جعفر وهكذا ذكر محمد ر ح في السير الكبير وحكي ان فقهاء زمن ابي جعفر كانوا يحالفون ابا جعفر في ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويل في اداء الفرعي فاخرج الرواية من السير فائدة ان والد فترا عند احد على هذا كان في سعد من ذلك وهو سهل وايسر كذا في الذخيرة والمغني *

قوله ومن قال اشهدني فلان على نفسه اي اشهدني المقر على اقراره لم يشهد السامع على شهادته اي لا يحل للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد ر ح وذلك لان الشاهد الفرعي لا علم له بالحق لكنه ينتقل شهادة غيره عند محمد ر ح بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول دون الفروع وجب الضمان على الاصول في قول محمد ر ح ولو رجع الاصول والفروع جميعا تخبر المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع فلا يصبر الوكيل وكيلا عن الموكل الا بامره وفي الغاؤدا الظهرية ومعنى قوله حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع ان المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع وليس معناه انه يقتضي بالنصف على الاصول وبالنصف على الفروع بل هذا كالتغاصب مع غاصب الغاصب فلم يغصب منه ان بضمن ايها شاء في الذخيرة فان ضمن الفروع (فالفروع)

حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان
لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الشهادا احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن

فالفرع لا يرجعون على الاصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني
لا يرجع به على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفرع ايضا بخلاف
ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب الغاصب واما عندهما
فلان الحكم وان كان يضاف الى الفرع حتى يجب الضمان عليهم دون الاصول
عند الرجوع ولكن تحملهم انما يصح اذا عاينوا ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القضاء
ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة ويظهر ان التحمل حصل
بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفي الفوائد الظهرية فقولهم
في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القضاء فلا يحصل العلم للفرع
بقيام الحق بمجرد شهادة الاصول مزيف لان الفرع لا يسهه الشهادة على الشهادة
ان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد له من طريق آخر وهو ان الشهادة
على الشهادة لا تجوز الا بالتحمل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته
من وجهه وهو ان الشهادة حق مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها وبأثم بكتماها متى
وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه
عنه يجوز وان لم يكن بامره فبا عتبار هذا لا يشترط الامر بصحتها غير ان فيها مضرة
من حيث انها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته
بدون امره مضرة فبا عتبار هذا يشترط الامر بصحتها وصار هذا كمن له ولاية في انكاح
الصغيرة اذا نكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه *

قوله حتى ادير عليه عدة من الاحكام نحو قصر الصلوة والنفط في الصوم وامتداد مسح
الخف الى ثلاثة ايام وعدم وجوب تكبيرات التشريق على قول ابي حنيفة رح (والاضحية)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث **قال** فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صحيح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة * **قال** وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رح وقال محد درج لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوها لم ينتقلوا الشهادة فلا تقبل ولا يي يوسف رح ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدل ذلك كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا *

والاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة من غير محرم او زوج * **قوله** والثاني ارفق وهو ما قال ابو يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله وذكر في الذخيرة بعد ذكر قول ابي يوسف رح وكثير من المشائخ اخذوا بهذا الرواية ثم قل وروي عن محد درج ان الشهادة على الشهادة تجوز كيف ما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لان شاهد الفرع اذا صالح مزكيا فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صحيح لما قلنا انه من اهل التزكية غاية الامر اني غاية ما يريد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث ينفذ القاضي قوله على موجب ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول وان لم يكن له شهادة كيف يتهم وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة وعن محد درج لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية وان قال الفرعان لا يخبرك لا يقبل القاضي شهادتهما (و)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

قال

وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط * وانما شاهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانة باللف درهم وقالوا اخبرنا انهم يعرفونها فجاء باصراة وقالوا لا ندري آهي هذه ام لا فلانة يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة واعلمنا غيرهما فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعي عليه وكذا اذا انكر المدعي عليه ان المحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه *

وعن ابي يوسف رح اذا قال الفرعان لا نخبرك يسأل غير الفرعين عن الاصول ولو قال الفرعان لا نعرف الاصل اعدل ام لا قال الشيخ الامام ابو الحسن علي السعدي رح وقول الفرع لا نخبرك سواء وقال شمس الائمة الحلواني رح اذا قال لا نعرفه اعدل ام لا لا يرد القاضي شهادة تهما ويسأل عن الاصول غيرهما هو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وما اذا شهد شاهدان عند القاضي بشيء والقاضي يعرف عدالة احدهما ولا يعرف عدالة الآخر فعليه هذا العدل اختلف المشائخ فيه قال بعضهم يصح تعديله كما لو عدله رجل غيره وقال بعضهم لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما ولا يصح تعديله *

قوله

وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع ومعنى المسئلة انهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفرع يشهدون على شهادة تهم بهذه الحادثة اما مع حضر تهم فلا يلتفت الى شهادة الفرع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين **قوله** يشهدان على ان المحدود في يد المدعي عليه وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولي استحقاق الشفعة اما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالتمن فلا حاجة الى كون المحدود في يد المشتري (قوله)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على القاضي)

قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي
لكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين التسمية لم يجز حتى
ينسبوا اليه فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة
العامة وهي عامة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها
خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوز جندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل
الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجذ
عند البيهقي ومحمد ر ح خلافا لابي يوسف ر ح على ظاهر الرواية فذكر الفخذ يقوم مقام الجذ

قوله وكذلك كتاب القاضي الى القاضي اي اذا ورد كتاب القاضي الى القاضي وفيه
شهد بين يدي فلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا من المال وانكر ذلك الرجل ان يكون
هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجة في حقه ما لم يشهد آخر ان انه فلان بن فلان وهذا
لان كتاب القاضي لنقل الشهادة كالشهادة على الشهادة الا ان القاضي بولايته وامانته
يتفرد بالنقل **قوله** ولو قالوا في هذين البابين اي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي
الى القاضي فلان بنت فلانة التسمية لم يجز حتى ينسبوا اليه فخذها وهي القبيلة الخاصة
الفخذ آخر القبائل الست كذا في الصحاح وفي الكشف قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل
لتعارفوا الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الست التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة
والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة يجمع العمائر والعمارة تجمع البطون
والبطون تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل حزيمة شعب وكانه قبيلة وقريش عمارة وقصي
بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبائل تنسب منها فعلى هذا لا يكون
الفخذ هي القبيلة الخاصة والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة الخاصة وفي الديوان الشعب بفتح
الشين والعمارة بكسر العين **قوله** ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجذ عند البيهقي ومحمد ر ح
خلافا لابي يوسف ر ح فان عنده يتم بذكر الاب ولا يحتاج الى ذكر الجذ في التعريف (قوله)

لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله اعلم *

* فصل *

قال ابو حنيفة رح شاهد الزور شهرة في السوق ولا اعزرة وقال لا نوجه ضربه ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغته في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخم

قوله لانه اسم للجد الاعلى اي في القبيلة الخاصة فنزل منزلة الجد الادنى وهو اب والاب والله اعلم *

* فصل *

شاهد الزور يشهرويعزر ان يقر على نفسه بالكذب متعمدا فيقول كذبت فيما شهدت متعمدا او يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حيا حتى ثبت كذبه بيقين ولا طريق لاثبات ذلك بالبينه لانه نفي لشهادته والبينه حجة الاثبات دون النفي فاما اذا قال غلطت واخطأت اوردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر **قوله** سخم وجهه اي سوده من السخام وهو سواد القدر واما بالحاء المهملة من الاسخم الاسود فقد جاء كذا في المغرب وفي المغني ولا يسخم وجهه يروى هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعا **قوله** ولان هذه كبيرة قال عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور واذا ثبت انه مرتكب للكبيرة قلنا يعزر على ذلك ويشهر لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا وشهادته بعد ذلك **قوله** وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب (فان)

(كتاب الشهادة فصل في شاهد الزور)

ثم تفسير التشهير منقول من شريح رح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر اجمع ما كانوا يقولون ان شريح يقرء كم السلام ويقول اننا وجدنا هذا شاهدا زورا فاحذروه وحذروا الناس منه وذكروا شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا برون لم يضربا ولا يضربان وقائده ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقتضى على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة والبيانات للاثبات والله اعلم *

فان قيل اليس ان ابا حنيفة رح لا يرى تقليد التابعين حتى روي عنه انه قال لا يقلدهم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وقال مشائخنا الماخرون انما ذكرنا ابو حنيفة رح اذ قيل التابعين في كذب لبيان انهم يستبد بهذا القول بان سبقت غيره وقال متبعنا لا مخترعنا قلنا ذكر في النوادر عن ابي حنيفة رح من كان من الائمة التابعين وافتنى في زمان الصحابة وزاحمهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد فانا قلده مثل شريح والحسن ومسروق وعلقمة رحمهم الله وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الجواب وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قوله محتجابه بل محتجا بتجوير الصحابة فعله فان قضاءه وتشهيره كان بمحض من عمر وعلي رضي الله عنهما فانه كان قاضيا في عصرهما فما يشتهر عن قضائيه ما روي عنهما وكان هذا في الحقيقة احتجاجا بقولهما وابو حنيفة رح يرى تقليد كل من كان من الصحابة كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي وذكر الامام العلامة النسفي رح في الكافي وشريح كان قاضيا في زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان هذا من احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه لا يرى تقليد التابعي **قوله** وقائده اي فائدة وضع الجامع الصغير ان شاهد الزور انما يعرف ان شهادته كانت زورا وكذا باقراره لا غير ولا يعرف ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة والبيانات للاثبات * (كتاب)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

* كتاب الرجوع عن الشهادات *

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء
والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئاً لا على المدعي
ولا على المشهود عليه * فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم
يناقض اوله فلا ينتقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجع
الاول باتصال القضاء به * وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لا قرارهم على انفسهم بسبب
الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقره من بعد انشاء الله تعالى * ولا يصح الرجوع
الا بحضور الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس
القاضي ابي قاض كان ولا الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر والسرو الا اعلان
بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضا فلوادعي المشهود عليه رجوعهما
واراد يبينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعي رجوعاً باطلا حتى لو اقام البينة
انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح * واذا شهد شاهدان بمال فحكم
الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان

* كتاب الرجوع عن الشهادات *

اعلم ان للرجوع ركناً وحكماً وشرطاً فركنه قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به او يقول
شهدت بزور فيما شهدت وشرط جوازه ان يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير
كما بينا والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به ما لا وقد ازاله بغير عوض *
قوله ولا يصح الرجوع الا بحضور الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القاضي ابي قاض كان فان قيل ينبغي ان لا يكون الرجوع
مختصاً بمجلس القضاء لان الرجوع عن الشهادة اقرار بضمان مال المشهود عليه على
نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بالضمان لا يختص بمجلس القضاء (قلنا)

(كتاب الرجوع من الشهادات)

كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعد يا وقال الشافعي رح لا بضمان لانه لا عبرة
للتسبب عند وجود المباشرة قلنا تعذرا بحجاب الضمان على المباشر وهو القاضي

قلنا ما كان شرطاً في الابتداء يكون شرطاً في البقاء كالمبيع فان وجوده شرط لصحة البيع
فكان بقاءه شرطاً لصحة الفسخ فمجلس القضاء شرط لصحة الشهادة فكذا يجب ان يكون مجلس
التصاء شرطاً لفسخ الشهادة وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم على هذا احضار رأس
مال السلم فانه ليس بشرط في فسخ السلم مع انه مشروط في ابتداء عقد السلم لاننا نقول اشتراط
وجود رأس مال السلم في مجلس عقد السلم لا لعقد السلم بل يفسد السلم بعد الصحة اذا افترقا
لا عن قبض احترازاً عن الكالئ بالكالئ وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ *

قوله كحافر البئر اي في فارة الطريق فان ثقل الساتط فيها عللة التلف والمشي سبب والحفر
شرط لانه زال المانع من السقوط والثقل امر طبيعي لا يصلح لاضافة التلف اليه والمشي مباح
لا تعدي فيه فاضيف الحكم الى الحفر لان الحافر متعد فيه وهنا لا يمكن ايجاب الضمان على
القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين الى القضاء فان بعد
ظهور عدائهما وجب عليه القضاء شرعاً حتى لو امتنع منه بآثم ويعزل ويعزر ولا يمكن استيفاءه من
المدعي لان الحكم ما مضى فوجبنا الضمان على الشاهدين لانهما سببان وقد اقرا على انفسهما
بالتعدي **قوله** وقال الشافعي رح لا بضمان لانه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه
التقصص على الشهود اذ ارجعوا مع وجود المباشرة من الولي على اصله لانه انما اعتبر السبب
نمّه احتياطاً في امر الدماء وتعظيماً له الا يرى انه يقول بالتقصص في باب القسامة والحديث
علي رضي الله عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا ولو علمت انكما تعمدتما
لقطعتم ايديكم قلنا حديث علي رضي الله عنه كان للتهديد لانه صح من مذهب علي
رضي الله عنه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وقد يهدد الامام بما لا تحقق له قال عمر
رضي الله عنه ولو تعمدت الى المنعة لرجمت والمنعة لا توجب الرجم بالاتفاق (قوله)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف بد يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين *

قال فان رجع احد هما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق * وان شهد بالمال ثلثة فرجع ادهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة

قوله لانه كالملجأ الى القضاء ولم يقل انه ملجأ لانه لو صار ملجأ حقيقة بشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد اذا ظهر كذبهم كما في المكره وليس كذلك وذلك لان الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنيا ودية والقاضي ههنا انما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به ملجأ حقيقة لان كل احد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرها **قوله** وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لانه تحقق الخسران عند تسليم المال الى المقضي له فاما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدور بالمثل وهما اتلذا عليه دينا حين الزم به بشهادتهما ذلك فاذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عينا في مقابلته دين ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وفي الاعيان ان يثبت الملك للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلم يكن له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بتضاء القاضي كذا في المبسوط وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام ان كان المشهود به عينا فالللمشهد عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين ولم يقبض لان الشهود ازالوا الملك عنه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلوازلنا العين عن ملكه باخذ الضمان منهما لا يبقى المماثلة بخلاف ما اذا كان المشهود به دينا **قوله** والاصل ان المعتبر في هذا بقاء (من)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

والمثلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع * فان رجع آخر ضمن الراجعان
نصف المال لان بقاء احدهم يبقى نصف الحق * وان شهد رجل وامرأتان فرجعت
امراة ضمننت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع بقاء من بقي * وان رجعتا ضمننا نصف الحق لان
بشهادة الرجل بقي نصف الحق * وان شهد رجل وعشرينسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان
عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق * وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق
لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقي فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل
والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وقال
على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وامن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا
لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين فامتا مقام رجل
واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد
فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا * فان رجع النسوة العشرة دون الرجل
كان عايمهن نصف الحق على القولين **ما قلنا** * ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان
عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم *
قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما
وكذلك اذا شهد اباقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف

من بقي لارجوع من رجع لانه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبا على الراجع
مع بقاء الحق عند وجود مبقية وهو الشاهدان بان شهد ثلثة ورجع واحد *

قوله والمثلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع كمن غصب مال انسلن واتلفه
ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمثلف عليه على المثلف اذ الم يضمن المستحق
شيئا وان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لانه بقي على شهادة من بقي به نصف
المال ويجوز ان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول (لا)

لان التضمن يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتقوم بالتملك لانها تصير
متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة
بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف
بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض
وبينه بغير عوض * وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاهما من غير عوض
قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة واكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا
الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض
لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقد ابقاء بعض النصاب فان قيل ينبغي ان يضمن
الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع لان رجوع
الاول لم يظهر اثره بمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما *

قوله لان التضمن يستدعي المماثلة على ما عرف ولا مماثلة بين البضع والمال فاما عند دخوله
في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهار الخطر حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان
ما يملكه المرأة مجانا لا يعظم خطره وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا
المعنى لا يوجد في طرف الازالة وقال الشافعي ر ح يضمنان لهما ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر
مثلها واصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطبيقات الثلث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة
لم يضمننا شيئا عندنا وعند الشافعي ر ح يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل امرأة رجل
لم يضمن القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي ر ح يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد
الدخول لم تغرم للزوج شيئا عندنا وعند الشافعي ر ح للزوج مهر المثل عليها لان البضع متقوم
بدليل انه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيتقوم عند خروجه من ملكه ايضا لانه انما يخرج
من ملكه حين ما دخل في ملكه فمن ضرورة التقوم في احدي الحالتين التقوم في الحالة الاخرى
كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم ايضا عند الازالة بطريق الابطال وهو العتق حتى
يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعا **قوله** وكذا اذا شهدوا على رجل بتزوج امرأة بمقدار (مهر)

{ كتاب الرجوع من الشهادات }

ولا فرق بين ان يكون البيع بائنا وفيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلغى اليهم * وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بهائم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدوا ضمنا ناعلى شرف السقوط الا ترى انها لو طاعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر

مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك فان قيل منافع البضع كيف يصلح عوضا عن المهر وان المرأة ليست بمال ومنافع البضع ايضا ليست بعين مال بدليل انه ثبت الحيوان دينا في اذمة بدلا عنها قلنا منافع البضع حالة الدخول في الملك اعطيها حكم المال شرعا بدليل ان الشرع جوز للاب ان يزوجه ابنة الصغیر امرأة بغير مثلها من مال الصغیر والوالد لا يملك ازالة ملك الصغیر الا بعوض بعد له الا ترى انه لو خالف ابنته الصغيرة بمالها لم يجز *

قوله ولا فرق بين ان يكون البيع بائنا وفيه خيار البائع فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزبل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان لا يضمنا شيئا قلنا زوال الملك وان تأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائد فکان الاتلاف حاصلًا بشهادتهما والبائع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع فيظهر كذب عند الناس والعامل يتحامي من مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين **قوله** ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو البضع الى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض وفي كل موضع اذا تم الفسخ يجعل كان العقد لم يجرب بين المتعاقدين لعود ما كان لهما الى ملكهما كما لا فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر (على)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

كلمة في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما **قال** وإن شهدا على أنه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما * وإن شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رح يقتص منهم لوجود القتل منهم تسببا

على الزوج ابتداء لكون العقد بسبب الفسخ كان لم يكن وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين فعند الرجوع يضمنان للزوج ما اتلفا عليه من وجوب نصف المهر * **قوله** كما مر في النكاح أي في باب المهر **قوله** وإن شهدا على أنه اعتق عبده وقضى القاضي به ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما اتلفا عليه ملكا هو مال متقوم فيضمنان موسرين كانا وموسرين لان هذا ضمان اتلاف الملك وأنه لا يختلف باليسار والاعسار ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما اتلفا عليه من ملك المال فإن قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبا شرعا لان القاضي لما قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف شهود التدبير فانهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد والفرق بينهما ان الشاهدين في الكتابة حالايين المولى وبين مال العبد بشهادتهما عليه فكان بمنزلة الغاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانهما ما حالايين المولى ومدبرة لكن انتقص بالتدبير مالية العبد فيضمنان النقصان ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد اداء جميع الالف للمولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمنا القيمة واذا ادعى عتق والولاء للذي كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاذا واه اليهما كادائه الى المولى وإن عجز ورد في الرق كان (ملولا)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

فأشبه المكرة بل أولى لان الولي يعان والمكرة يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسببها لان السبب ما يفضي اليه غالباً وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكرة لانه يؤثر حيوته ظاهراً ولان الفعل الاختباري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارنا للتقصا

لمولاة لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين اذ المكاتب ليس بمحل النقل من ملك الى ملك فوجودهما غير صحيح في حقه ويرد المولى ما اخذ من الشهود عليهم لان التحيلولة فذات العجز المكاتب وهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعدما بق ثم رجع فيكون مردوداً على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه *

قوله فأشبه المكرة وبيان الشبه ان المكرة مسبب غير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكرة يقتل قصاصاً فكذلك الشهود **قوله** بل أولى وبيان الاولوية ان الشهادة في السببية والافضاء الى القتل فوق الاكراه لان الولي يعان على استيفاء التقصاص والمكرة يمنع عنه شرعاً وعادة فعسى يمتنع المكرة من المباشرة فلا يفضي الى القتل غالباً فاذا قتل المكرة وهو المسبب فلان يقتل الشاهد وهو في التسبب فوق المكرة أولى **قوله** لان العفو مندوب قال عز سبحانه فمن تصدق به فهو كفارة له عقيب قوله والجروح قصاص وقال وان تغفوا قرب للمتقوى وعن النبي عليه السلام من كظم غيظاً وهو يقدر على انفاذه ملأ الله قلبه امناً واثماناً وردي نادى مناد يوم القيمة ابن الذين كان اجورهم على الله فلا يقوم الا من عفا **قوله** ولان الفعل الاختباري مما يقطع النسبة اي القتل الصادر من الولي باختياريه الصحيح من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان الفعل متصوراً على الولي فلم يكن الشاهد قتلاً لان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول كمن حل قيد عبد انسان فابق العبد لاضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكرة فان له اختياراً فاسداً وللمكرة اختياراً صحيحاً والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم نصار المكرة بمنزلة الآلة للمكرة فلذلك انتقل فعل المكرة الى المكرة *

(قوله)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

بـخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف وإذا رجع شهود الفرع
ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلّف مضافا اليهم ولورجع
شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا
السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف
ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي
بما يباين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم
حضروا ولورجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير
لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول
وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة
الاصول من الوجه الذي ذكره فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما
في التضمن وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت
الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم
ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع *

قوله بخلاف المال اي الدية **قوله** لانهم انكروا السبب اي سبب اتلاف مال المدعى عليه
وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد
بـخلاف ما قبل القضاء لانهم انكروا التحميل ولا بد منه **قوله** لان القضاء وقع بشهادة الفروع
من الوجه الذي ذكرنا اي ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله اشارة الى قولهما ان القاضي
يقضي بما يباين من الحجة وهو شهادة الفروع بشهادة الاصول من الوجه الذي ذكرنا
محمد رح من قوله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول **قوله** والجهتان متغايرتان
لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول فلا يجمع (بينهم)

(كتاب الرجوع من الشهادات)

قال وإن رجع المكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة رجع وقالوا لا يضمنون لأنهم اثنوا على الشهود خير انصاروا كشهود الاحصان ولأن التزكية أعمال للشهادة إذا القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لأنه شرط محض وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتى السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط

بينهم في التضمن أي لا يقال أن كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمفرد والشهود عليه الخيار كما غاصب مع غاصب الغاصب فإن للمغصوب منه أن يضمن أي يهيبا شاء *

قوله وإن رجع المكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة رجع وقالوا لا يضمنون لأنهم اثنوا على الشهود انصاروا كشهود الاحصان ولأن التزكية أعمال للشهادة لأن الشهادة إنما تصير حجة بالعدالة والعدالة إنما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالرمي فإنه سبب لمضي السهم في الهواء وذات سبب الوصول إلى المرمى وذات سبب الجرح وذات سبب ترادف الآلام وذات سبب الموت ثم الموت أضيف إلى الرمي الذي هو العلة الأولى حتى يجب عليه أحكام القتل من التقصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لأنه شرط محض والشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا مائس بموجب موجبا وأما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما وهذا يشترط المذكورة في المزمكين كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى العلامة لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط والزنا إذا وجد لم يتوقف علمه على احصان يحدث بعده فإنه إذا زنى ثم احصن لا يبرجم ولكن الاحصان إذا ثبت كان معر فالحكم الزنا فثبت أنه علامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب إذا الحكم لا يضاف إلى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال

قوله وإذا شهد شاهدان باليمين يعني شهد أنه قال لعبدته أن دخلت الدار (فانت)

(كتاب الوكالة)

ولورجع شهود الشرط وحدثهم اختلف المشائخ فيه ومعنى المسئلة يمين العناق والطلاق قبل الدخول
* كتاب الوكالة *

فانت حرا وقال لامرأته وهي غير مدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق *
قوله ولورجع شهود الشرط وحدثهم اختلف المشائخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط
اذا سلم من معارضة العلة صلح علة لان العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها
الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات والى هذا
مال شمس الاثمة السرخسي والى الاول فخر الاسلام البزدوي ولو شهدا بالتفويض
وآخرا ن بانها طلقت او اعتقت فالتفويض كالشرط *
* كتاب الوكالة *

الوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فكانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكل اليه
الامراي مفوض اليه والوكالة بالكسر مصدر الوكيل والفتح لغة ومنه وكله بالبيع فتوكل
به اي قبل الوكالة وقولهم الوكيل الحافظ والوكالة الحفظ فذاك مسبب عن الاعتماد
والتفويض كذا في المغرب والوكالة في اللغة اسم للتوكيل وهو تفويض التصرف الي الغير
وسمي الوكيل بدلان الموكل وكل اليه القيام بامر اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه وقيل
التوكيل في الشرع عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم حتى ان
التصرف اذا لم يكن معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهي مشروعة
بالكتاب قال الله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينه اخبر الله تعالى عن اهل
الكهف انهم وكلوا واحدا منهم بشراء الطعام وما قص الله تعالى عن الامم الماضية بلا انكار
يكون شريعة لنا ما لم يظهرنا نسخه والسنة فقد وكل رسول الله عليه السلام حكيم بن حزام
بشراء اصحيته واجماع الامة والمعقول فقد يعجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه
الى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلته هدايته وكثرة اشغاله وكثرة ماله فيحتاج (الى)

(كتاب الوكالة)

قال كل عقد جازان يعقده الانسان بنفسه جازان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الي ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي ءم

الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة فان قيل التوكيل صحيح عند عدم العوارض فلو كانت صحة الوكالة بسبب هذه المعاني لانتحصرت فيها قلنا حكمته الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة وهذا من قبيل ذلك *

قوله كل عقد جازان يعقده الانسان بنفسه جازان يوكل به غيره لا ترد على هذا صحة توكيل المسلم الذمي بشيء الخمر وبيعها لان ذلك عكس وليس بطرد فلا يرد نقض الاندالم يقال كل عقد لم يجز له ان يعقده بنفسه ولا يجوز ان يوكل به غيره فان قيل يرد في حردة نقض وهو ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها قلنا الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ويملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا المعنى في المسلم وهو انه مأثور بالاجتناب عنها في جواز التوكيل ببيعها اقترباها والمحرمه اذا جاءت من قبل المحال لا يكون هي مانعه لعبارة التصرف بالنظر الكل حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليه الجائضة والمحرمه لانا نقول هناك جائز ايضا الا ان المنع من الوطئ جاء من قبل المرأة لمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المنع ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح فان قيل يشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وانما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ولانقول بان التوكيل بالشراء صحيح من حيث انه امر بملك المشتري لان المشتري ملك الغير وانما يصح لانه امر بالجواب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه (في)

(كتاب الوكالة)

وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن سلمة رضي الله عنه **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة ان ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلًا وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رضى * وكذا بايغائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي

في الاستقراض لان البذل في باب القرض انما يجب دينًا في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر اولًا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير وهذا الواخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فصح ان يثبت الملك للمرسل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه لان الرسالة موضوعة لنقل العبارة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امرة بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو ملكه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق العقد يرجع اليه فلا يمكننا تصحيح هذا العقد باعتبار العبارة لان الوكيل غير ناقل للعبارة ولا من حيث الامر لانه في ملك غيره فلهذا لم يقع للموكل فيثبت بهذا ان قوله جاز ان يوكل به غيره اراد به فيما يملكه فلا يرد عليه الاستقراض نقضاً *

قوله وكل بالشراء حكيم بن حزام اي بشراء الاضحية **قوله** وبالتزويج عمر بن ام سلمة وكله بتزويج امه ام سلمة من النبي عليه السلام **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها وفي الصحاح وسائر الناس جميعهم وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلًا وانما كان يختار عقيلًا لانه كان ذكيا حاضرا الجواب فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقره لكبر سنه او لانه انتقص ذنه فوكل عبد الله بن جعفر الطيار وكان شابا ذكيا وكذا بايغائها اي باداتها واستيفائها اي قبضها الا في الحدود كحد القذف والسرقة والقصاص فان الوكالة لا يصح باستيفائها مع غيبة الموكل (عن)

(كتاب الوكالة)

بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحاضرة لانتفاء هذه الشبهة
وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع منه ينسد باب الاستيفاء اضلا وهذا الذي ذكرناه
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة بانبات الحدود والتصاص باقامة
الشهود ايضا ومحمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف
في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره نصارك انه متكلم
بنفسه لان التوكيل اذ بدو شبهة النيابة يتحوز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة
وكما في الاستيفاء ولا يبي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى
الجنانية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف
التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والتصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر

عن المجلس لانها تدري بالشهادات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لان فيه نوع شبهة ولهذا
لا يستوفي بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجل
وقال الشافعي رح يستوفي التصاص حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولما انه عقوبة والعقوبة
تستطاب بالشبهة وشبهه العفو بانه في حال غيبة الموكل يجوز ان يكون الموكل قد عفا بنفسه والوكيل
لا يشعر به بل هو اظهر لان العذر مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له *
قوله بخلاف غيبة الشاهد اي يستوفي الحدود والتصاص عند غيبة الشاهد لان الشبهة
في حقه الرجوع والظاهر في حق الشاهد عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل خصوصا
في حق العدو وبخلاف حال الحاضرة اي حاضرة الموكل اي يجوز التوكيل ان يستوفي التصاص
حال حاضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهي شبهة العفو **قوله** وليس كل احد يحسن
الاستيفاء هذا جواب لان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل فيستوفيه بنفسه لما ان
في التوكيل شبهة ابدلية واستيفاء التصاص مما لا يجري فيه الابدال فاجاب بقوله وليس
كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع منه ينسد باب الاستيفاء اضلا **قوله** وهذا الذي (ذكرنا)

لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة
 عدم الامر به * وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم
 الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او قال لا يجوز التوكيل
 بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

ذكرنا قول ابى حنيفة رح اشارة الى قوله ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها
 وقد دخل فيه التوكيل بالخصومة في حد القذف والسرقة والقصاص ثم قال الا في الحدود والقصاص
 فان الوكالة لا يصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس بقي التوكيل بالخصومة داخل في صدر
 الكلام وهذا قول ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة بانبات الحدود والقصاص بانامة
 الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابى حنيفة رح وهو الاظهر وقيل مع ابى يوسف رح وقيل هذا
 الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره *

قوله لان الشبهة لا تمنع الدفع لان دفع الحدود والقصاص ثبت مع الشبهات حتى يثبت
 العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ولكن هذا الوكيل
 اذا اقر في مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفي القياس
 يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل الا ترى ان في سائر الحقوق جعل اقراره كاتقرار
 الموكل فكذلك في القصاص وفي الاستحسان نقول اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص
 لا يستوفى بحجة قائم مقام غيرها توضيحنا ان حملنا التوكيل على الجواب لان جواب الخصم
 من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالأقرار ضد الخصومة والمجاز
 وان اعتبر لقيام الدليل بالحقيقة تبقى شبهة فتعتبر فيما يندري بالشبهات دون ما ثبت
 مع الشبهات **قوله** مريضا المراد نفس المريض وقيل ان تكلف الحضور بالركوب على
 الدابة وغيرها يزداد مرضه **قوله** لا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم هل ترد
 الوكالة برد الخصم ام لا عند ترد ولا يلزم للخصم الحضور والجواب بخصومة (الو)

(كتاب الوكالة)

لَهُمَا أَنْ التَّوَكُّيلَ تَصَرَّفَ فِي خَالِصِ حَقِّهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاءِ غَيْرِهِ كَالْتَّوَكُّيلِ بِتَقَاضِي الدَّيُونِ وَلَهُ أَنْ الْجَوَابَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الْخَصْمِ وَلِهَذَا يَسْتَحْضِرُهُ وَالنَّاسُ مُتَقَاوِتُونَ فِي الْخُصُومَةِ فَلَوْ قُلْنَا بَلْزُومُهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاءِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرِكِ إِذَا كَانَتْهُ أَحَدُهُمَا يَتَخَيَّرُ الْآخَرَ بِخِلَافِ الْمَرِيضِ وَالْمَسَافِرِ لِأَنَّ الْجَوَابَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِمَا هُنَاكَ ثُمَّ كَمَا يُلْزَمُ التَّوَكُّيلُ عِنْدَهُ مِنَ الْمَسَافِرِ يُلْزَمُ إِذَا أَرَادَ السَّيْرَ لِيَحْتَقِقَ الضَّرُورَةُ وَلَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَخْدُورَةً لَمْ تَجْرِعْ عَادَتَهَا بِالْبُرُوزِ وَحُضُورِ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ قَالَ الرَّازِيُّ رَحِمَهُ يُلْزَمُ التَّوَكُّيلُ لِأَنَّهَا لَوْ حَضَرَتْ لَا يُمْكِنُهَا أَنْ تَنْطِقَ بِحَقِّهَا لِحَيَاتِهَا فَيُلْزَمُ تَوَكُّيلُهَا قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهَذَا شَيْءٌ اسْتَحْسَنَهُ الْمَتَاخِرُونَ **قَالَ** وَمِنْ شُرُطِ الْوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَيُلْزَمُهُ الْأَحْكَامُ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مِنْ جِهَةِ الْمُوَكَّلِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مَا لَمْ يَمْلِكْهُ مِنْ غَيْرِهِ * وَيَشْتَرُطُ أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ الْعَقْدَ

الْوَكِيلَ وَعِنْدَهُمَا لَا تَرْتَدُّ بَرْدَةً وَيُلْزَمُ الْحُضُورُ وَالْجَوَابُ بِخُصُومَتِهِ وَالْمَتَاخِرُونَ اخْتَارُوا لِلْفَتَاوَى أَنْ الْقَاضِيَ إِذَا عَلِمَ مِنَ الْخَصْمِ التَّغَنُّتَ فِي أَبَاءِ الْوَكِيلِ لَا يُمْكِنُ مِنْ صَنِيعِ ذَلِكَ وَيَقْبَلُ التَّوَكُّيلَ مِنَ الْمُوَكَّلِ وَأَنْ عَلِمَ مِنَ الْمُوَكَّلِ الْقَصْدَ إِلَى الْأَضْرَارِ بِصَاحِبِهِ فِي التَّوَكُّيلِ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا بِرِضَاءِ صَاحِبِهِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الْإِئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ *

قَوْلُهُ لَهُمَا أَنْ التَّوَكُّيلَ تَصَرَّفَ فِي خَالِصِ حَقِّهِ وَهَذَا لِأَنَّهُ وَكَلَهُ بِالْجَوَابِ أَوْ بِالْخُصُومَةِ وَكُلَاهُمَا حَقَّ الْمُوَكَّلِ فَيَصِحُّ بِإِذْنِ رِضَاءِ الْخَصْمِ كَالْتَّوَكُّيلِ بِالْقَبْضِ وَالْإِيْفَاءِ وَالتَّقَاضِي **قَوْلُهُ** وَلَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَخْدُورَةً وَهِيَ الَّتِي لَمْ تَخَالُطِ الرِّجَالَ بِكَرَّكَانَتْ أَوْثِيْبًا قَالَ الرَّازِيُّ رَحِمَهُ يُلْزَمُ التَّوَكُّيلُ وَفِي فِتَاوَى قَاضِي خَانَ وَعَامَّةِ الْمُشَائِخِ اخْذُوا بِمَا ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ وَعَلَيْهِ الْفَتَاوَى **قَوْلُهُ** وَمِنْ شُرُطِ الْوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَسْتَفِيدُ وَلَا يَتَصَرَّفُ مِنْهُ وَيَقْدِرُ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلِهِ وَمَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ كَيْفَ يَقْدِرُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ وَقِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي بُوْسَفٍ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا فَالْشَّرْطُ (أَنْ)

(كتاب الوكالة)

ويقصده لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبياً لا يعتل
أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً * وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز لأن الموكل مالك
للتصرف والوكيل من أهل العبارة * وإن وكل صبياً محجوراً باعتل البيع والشراء أو عبداً محجوراً
جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لأن الصبي من أهل العبارة لا تبرى أنديغذ تصرفه
بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق المولى والتوكيل
ليس تصرفاً في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد
لحق سيده فيلزم الموكل وعن أبي يوسف رجا أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع

أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط
حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال
ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا لأصل التصرف وإن امتنع بعارض النهي
وبيع الخمر يجوز للمسلم في الأصل وإن امتنع بعارض النهي ويلزمه الأحكام
لأن المطلوب من الأسباب أحكامها فإن كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح
توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعتل العقد
أي يعرف أن الشراء جالب للبيع سالب للثمن والبيع على عكسه *

قوله ويقصده أي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم وهذا لا يندىقوم مقام الموكل في العبارة
فلا بد أن يكون من أهل العبارة وأهليته العبارة تكون بالعتل لأن المراد بالكلام ما يكون له
صورة ومعنى وكل محدث يكون موجوداً بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد إلا بالعتل
والتمييز **قوله** ولا يتعلق بهما الحقوق كالتقاضي وأمينه ثم الصبي إذا بلغ لا يلزمه تلك العهدة
والعبد إذا اعتق يلزمه تلك العهدة لأن المانع في حق العبد حق المولى وقد زال وفي حق
الصبي حقه وحقه لا يزول بالبلوغ **قوله** والعبد من أهل التصرف على نفسه ولهذا الواقع
بالمال لزمه بعد الحرية وصح إقراره بالتقصص والحدود *

(قوله)

ثم علم انه صبي او مجنون له خبار النسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب *

قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فتحقونه تتعلق بالوكيل دون الموكل ونال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا اتوا به وصار كالرسول والوكيل في الناحية ولما ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا احكم لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سببا عنه لما استغني عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن وبطالب بالثمن اذا اترى ويقبض المبيع

قوله ثم علم انه صبي او مجنون قيل المراد بالجنون الذي يغفل البيع والشراء حتى يصح الالباقه ويكون بمنزلة الصبي المحجور وتيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله مجنون وفي الكافي للعلامة النسفي رح وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور جاز له النسخ فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد **قوله** كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي لا يحتاج فيه الى الاضافة الى الموكل كالبيع والاجارة **قوله** وصار كالرسول وهو ان يقول رجل لاخر كن رسولا عني في بيع عبيدي **قوله** ولما ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا اي صحة عبارته لا لكونه وكيلابل لكونه آدميا عاقل فثبت ان مباشرة العقد بالولاية الاصلية الثابتة الا انه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير الا برضا المالك والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل للاثبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف فجعلناه تابئا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق وفي الايضاح ان للوكيل ان يوكل في الحقوق التي يوجبها العقد عليه وله من شاء وان وكل الموكل (لم)

ويخاصم في العيب ويخاصم فيدلان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبار التوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال رضى وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى **قال** وكل عقد يضيفه الى موكله كالتكاح والخلع والصالح من دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى ان لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافة الى نفسه كان التكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب

لم يجز لان الوكيل اصل في الحقوق فيملك التفويض الى الغير * **قوله** يخاصم في العيب ويخاصم بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني **قوله** والملك يثبت للموكل خلافة اي ابتداء بدلا عنه لان يثبت الموكيل ثم ينقل الى الموكل ذكره جوابا عن قوله والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذلك اتوا به **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فان عنده يثبت الملك للوكيل بالشراء ولا ثم ينقل الى الموكل والصحيح ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عنه اعتبار التوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره وهو ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرد بالبيع ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرد الا باذنه **قوله** وكل عقد يضيفه الى موكله اي لا يستغني فيه عن الاضافة الى الموكل ولو اضاف الى نفسه كان له كالتكاح **قوله** لان الوكيل فيها سفير ومعبر السفير هو الذي يحكي قول الغير ومن حكي حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير كما اذا حكي قدف الغير لا يكون قاذفا **قوله** فصار كالرسول اي فصار الوكيل في التكاح وامثاله كالرسول في باب البيع **قوله** وهذا لان الحكم فيها اي هذه العقود وهي التكاح وامثاله لا تقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط لان الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تحمل تراخي الحكم * (قوله)

(كتاب الوكالة)

لانه استأطفيه لا شيء فلا يتصور صدوره من شخص وثبت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخوانه العنق على مال والكتابة والصلح على الانذار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقرار سفيرا ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يتلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتبس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه *

قوله لانه استأطاي لان السبب اسقاطا ما غير الكاح نظاهم وكذا النكاح لانها تستط ما لكتبتها بعقد النكاح ولان الاصل في الانشاء الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما ثبت الملك له عليه ضرورة ان تمكن من الوطء وان هذا لا يظهر في حق الفسخ والتسليم من الغير فثبما وراء ذلك فهو استأطجريا على الاصل اذ الحرمة تما في الملك والساقط يتلاشى ولا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصل والى الحكم لغيره لانه لا يجوز ان يستط في حق الوكيل ثم يستط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الاسبب جديد ولم يوجد فجعله سفيرا بخلاف البيع فان حكمه يقبل انفصال عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصله يتبع الحكم لغيره **قوله** فلا يجعل اصيلا اي فلا يجعل الوكيل اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلائفه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة وهي للموكل **قوله** وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتبس كذا لو كله بالاستعارة والارتهان والا استيهاب فالحكم والحقوق كلها يتعلق بالموكل **قوله** وكذا الشركة والمضاربة اي الوكيل في الشركة والمضاربة سفيرا يضيف العقد الى الموكل لا الى نفسه **قوله** الا ان التوكيل بالاستقراض باطل لان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته وعود لبع شيئا من مالك على ان يكون ثمنه لي لا يصح فكذا اذا قال التزم العشرة في ذمتك على ان عوضه لي فكان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل (با)

قال وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه أياً له لأنه اجنبي عن العقد وحقوقه
لما أن الحقوق إلى العاقد * فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانياً لأن
نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه ولهذا لو كان
للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل
أيضاً دون دين الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحدة يقع المقاصة عند البيخيفة ومحمد
رحمهما الله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في التفصيلين *

بالتكدي فكان باطلاً واستقرض الوكيل له أن يمنعه من الأمر ولو هلك هلك من ماله *
قوله يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل وإنما كان هذا لأن المقاصة إبراء
بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ولو أبرأ المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان
معاً فالمشتري يبرأ براءة الأمر ولا يبرأ براءة المأمور حتى لا يرجع الأمر على المأمور بشيء
فكذلك هنا ولأننا لو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل احتجنا إلى قصاص آخر فإن الوكيل
يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصاً بدين الموكل لا يحتاج إلى قصاص آخر فجعلناه قصاصاً
بدين الموكل قصراً للمسافة ولأننا إذا جعلناه قصاصاً بدين الموكل فقد أثبتنا حكماً مجمعاً عليه
فإن الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع ولو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل فقد
أثبتنا حكماً مختلفاً فيه فكان ما قلناه أولى كذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة
قوله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما لأن الإبراء إسقاط للحق القبض والقبض خالص
حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك **قوله** ولكنه يضمنه للموكل في التفصيلين
أي في فصلي المقاصة والإبراء ولا يجوز للوكيل الإبراء عن الثمن في قول أبي يوسف رح
لأنه تصرف في ملك الغير إذا الثمن ملك الموكل (باب)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

* باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء *

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير النعل الموكل به معلوما فيمكنه الا يتدار * الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الي رائه فاي شيء يشتره يكون ممثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان التلظي بجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتأخذ الجهالة وان كان جنسا بجمع انواعه لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذلك انواع نقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبدا وجارية لا يصح لانه يشتمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي

* باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء *

قوله فلا بد من تسمية جنسه كالجارية والعبد وصفته اي نوعه كالتركي والحبشي والاصل ان الجهالة ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي يمنع صحة الوكالة وان بين الثمن ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهروي والمرووي فانها لا يمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر من غياث لا يصح الوكالة لان الوكالة بالبيع والشراء معتبرة بنفس البيع والشراء فلا يصح ومتوسطه وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبدا او بشراء امه او دار فان بين الثمن والنوع يصح ويلحق بجهالة النوع وان لم يبين الثمن او النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال **قوله** ثم ان كان اللفظ بجمع اجناسا كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق **قوله** مثاله اذا وكله بشراء عبدا وجارية اي مثال ما يجمع انواعا (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه وتبيين النوع او الثمن ولم ينص صفة الجودة والرياءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومرادة من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لا خراش لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطله للجهالة الناحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهورا وكذا الدار تشتمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافات فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرفق والمحال والبلدان فيتعذر الامثال *

قال وان سمي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه **قال** ومن دفع الى اخرد را هم وقال اشتر لي بها طعما فهو على الحنطة ودقيقتها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعم اعتبار الحقيقة كما في اليبين على الاكل اذا الطعام اسم لما يطعم

قوله والمولد في المغرب المولدة التي ولدت في بلاد الاسلام **قوله** وكذا اذا بين الثمن بما ذكرناه اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وقال بعض المشائخ ان كان يوجد بما سمي من الثمن من كل نوع لا يصح بيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة

قوله وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال حمارا اي يصح التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما بقيت الجهالة في الوصف فيصح والوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل لا كذلك فان الحمير انواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا الاختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي اذا امر انسانا ان يشتري له حمارا يتصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه وقد صح ان النبي عليه السلام وكل حكم بن حزام بشراء شاة للاضحية

(قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق **قال** واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطاع على عيب فله ان يرد به بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرد به الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشغب وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراعاة التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز *

قوله وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وهو على ما ذكرناه اي على الحنطة ودقيقها قبل هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام فاما في غير اهل الكوفة ينصرف الى شراء كل معطوم ببعض مشائخ ما وراء النهر فالواطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادم كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فيصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال الصدر الشهيد رة وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة الا ان يكون ثمة وليمة فعلى الخبز وان كثرت وان قلت فعلى الخبز والثلة مثل درهم الى ثلاثة والوسطة مثل اربعة الى خمسة او سبعة * **قوله** ومراعاة التوكيل بالاسلام دون قبول السلم اي يصح التوكيل من رب السلم ولا يصح من المسلم اليه فقال اسلم في كذا اي اشترى بالسلم وانما لم يصح توكيل المسلم اليه لانه لو صح التوكيل يجب ان يكون بيع الوكيل طعاما في ذمة نفسه على ان يكون الثمن لموكله وهو المسلم اليه وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان الثمن لغيره لا يجوز وكك في الديون (قوله)

فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقده والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح * **قال** واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده

قوله فان فارق الوكيل صاحبه اي في الصرف والسلم قبل ان يقبض المسلم اليه رأس المال **قوله** فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق اي يصح قبض الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون او لم يتعلق الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه وهذا دفع سوال وهو ان الصبي المحجور والعبد المحجور اذا توكلوا من آخر يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما فكيف يتعلق ههنا بالصبي المحجور والعبد المحجور حتى بطل الصرف والسلم بمفارقتهما قبل قبض البدل دون مفارقة موكلهما فاجاب ان قبض الصبي المحجور والعبد المحجور صحيح وان كان لا يلزمهما فدار ههنا شرط جواز بيع الصرف والسلم الذي هو القبض بالصحة لا بالزوم وفي باب الوكالة في الصرف والسلم من المبسوط وفي حكم التقابض المعتبر بقاء المتعافدين في المجلس وغيبة الموكل لا يضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك اذا كان ممن لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا يتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو بمنزلة (وكيل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وله ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ربح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبس ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف ربح وضمان المبيع عند محمد ربح وهو قول ابي حنيفة ربح

وكيل يتعاق به حقوق العقد قوله بخلاف الرسولين اي في الصرف والسلام لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد *

قوله وله ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا اي سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في المبسوط وفي الذخيرة وام يذكر قول محمد ربح في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينتد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل حتى يستوفي الثمن منه حكى عن الشيخ شمس الائمة الحلواني ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لاجل ما يتبدل لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل وبين الموكل وهذا المعنى لا يختلف بين ما نقد الوكيل او لم ينتد **قوله** قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه يعني القبض للوكيل على وجه يصير الموكل به قابضا مما لا يمكن التحرز عنه للوكيل وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فكان في حكم عدم فلم يكن دايلا سقوط حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق عنه الرضا في ما لا طريق له الى التحرز عنه وانما جعل يد الوكيل يد الموكل حكما في حكم هلاك المبيع حتى هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن عنه لافي حق عدم ولاية الحبس له بالثمن **قوله** مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا فيكون في معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع او لم يحبس فوضيحه انه يحبس لئلا يستوفي ما ادلى عنه من الثمن والحبس لا استيفاء حكم الرهن (وهما)

وصمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيستط بهلاكه ولا يبي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينسخ بهلاكه وههنا لا ينسخ اصل العقد فلنا ينسخ في حق الموكل والوكيل كما اذ اردة الموكل بعيب ورضي الوكيل به *

قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح ولا يلزمه العشرون بدرهم

وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري بدليل جريان التحالف والدليل على ان هذا ليس نظير الرهن ان هذا الحبس يثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة انما يثبت ذلك بحكم البيع *

قوله ضمان الغصب عند زفره لانه منع بغير حق وصورة ظهور هذه الاختلافات اذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الغصب ولا يرجع احدهما على الآخر عند من يقول بضمان الرهن او المبيع ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب ويستط الثمن كله ولا يجب شيء عند من يقول بضمان المبيع او الرهن قوله كما اذ اردة الموكل بعيب اي الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه بصير للوكيل ولا ينسخ بين البائع والوكيل **قوله** لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح فان قيل ينبغي ان لا يلزم الامر عشرة بنصف درهم عنده لان هذه العشرة تثبت ضمناً للعشرين لا قصداً وهو قد وكله بشراء عشرة قصداً ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة نطلقها ثلاثاً لا تقع واحدة ثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعاله قلنا ذلك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت اصلاً لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لعدم شرطه لان (المرأة)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وذكر في بعض النسخ قول محمد ر ح مع قول ابي حنيفة ر ح ومحمد ر ح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف ر ح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وطن ان سعرة عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زادة خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة ر ح انه امره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنقد شراءها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين وطالب درهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر *

المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفذ الا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلم يثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم وهو مخالفة الى خير فلا تكون مخالفة فينفذ على الموكل *

قوله وذكر في بعض النسخ اي بعض نسخ القدوري ومحمد ر ح لم يذكر الخلاف في الاصل اي في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء لزم الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمر لانه امر بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله امره قد حصل مقصوده وزادة منفعة بالشراء باقل مما سمي له فكان مشتريا للامر **قوله** فينفذ شراءها عليه اي شراء الزيادة على الوكيل وشراء العشرة على الموكل وهذا بخلاف ما اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هر وبيع بعشرة كل واحد منهما يساوي بعشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الامر عند ابي حنيفة ر ح لان اللحم من ذوات الامثال في الصحيح فلا تفاوت اذا بين عشرة الامر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة (بين)

قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدى الى تغير الامر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضور من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه ولم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلاً بشراؤه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر فنفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضور الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفاً **قال** وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او نشترى به مال الموكل قال رضى هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للأمر وهو المراد عندي بقوله او نشترى به مال الموكل

بين الثوبين الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما والى هذا اشار في التتمة في التعليق حيث قال لاني لا ادري ايها اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا يعرف الا بالخزروالظن *

قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهد واني قد اشتريت لنفسى الا اذا خالف في الثمن لا الى خير او خالف الى جنس آخر غير الذي سماه الموكل هذا اذا كان الموكل غائباً فان كان حاضراً وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشترياً لنفسه كذا في التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الأمر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضراً واشهد انه اشترى لنفسه فانه يكون مشترياً لنفسه لانه عزل نفسه حال حضرة الموكل ولا كحال غيبة الموكل **قوله** فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون **قوله** لان حضره رايه فلم يكن مخالفاً وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فانه لو طلق الثاني بحضور الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط (لوقوع)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذا اشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو لا امر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد ر ح هو للعقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف ر ح يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا من اي المالكين نقد نقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان ما تصاد فهم به يحتمل النية للامر

لوقوع الطلاق فلا يتع بدونه ولا كذلك هنا لانه من قبيل الاثبات فلا يكون قابلا للتعليل والمعنى في المسئلة انه ممكن له عزل نفسه بغيبة الموكل في ضمن المخالفات لا في ضمن الموافقة *

قوله دون النقد من ماله اي المراد بقوله او نشترده بمال الموكل ان يضيف العقد الى دراهم الموكل لان ينقد من مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه لان فيه تفصيلا بعد ان يشترده بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا في ما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يشترده للموكل او للوكيل فعلى قول محمد ر ح العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف ر ح يحكم النقد على ما يجي **قوله** وهذا بالاجماع اي لو اضاف العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق اي قوله او نشترده بمال الموكل مطلق اي مذكور من غير خلاف فيحمل على الصورة المجمع عليها وهو ان يضيف العقد الى مال الموكل **قوله** حملا لحاله على ما يحل له شرعا وينعده عادة هذا تمسك بدلالة العرف والشرع بعد ذكر المسئلتين اضافة العقد الى دراهم امرة و اضافة العقد الى دراهم نفسه فالتمسك بدلالة العرف والعادة شامل للمسئلتين اذا العرف مستمر بان مضيف العقد الى دراهم نفسه مشتر لنفسه والمضيف الى دراهم امرة مشتر لامرة (فاما)

وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام
 في الطعام على هذه الوجوه **قال** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت
 ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فاقول قول الامر فان كان دفع
 اليه الالف فاقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه

فاما التمسك بدلالة الشرع انما يرجع الى المسئلة الاولى خاصة اذ الشراء لنفسه باضافة
 العقد الى مال غيره حرام ولكن الشراء لغيره باضافته للعقد الى مال نفسه ليس بحرام *
قوله وفي ما قلناه حمل حاله على الصلاح لانه لو قلنا بان العقد يقع له فان نقد من مال
 الآخر يكون غايبا فقلنا يقع للموكل اذ انقد من ماله حملا لحاله على الصلاح **قوله** والتوكيل
 بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه اي وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع انه توكيل
 بالشراء وقد بين حكمه لان بعض مشائخنا رحمهم الله قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا
 انه لم يحضره النية فالعقد للتوكيل اجماعا ولا يحكم العقد واما الخلاف بين ابي يوسف
 ومحمد رح في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا الثائل فرق بين مسئلة الشراء ومسئلة السلم
 على قول ابي يوسف رح والفرق ان للنقد اثر في تنفيذ السلم فانه اذا لم يتقد رأس المال
 يطل السلم فاذا جهل من نفذ عليه وجب استبانة ذلك بالنقد وليس للنقد اثر في تنفيذ
 الشراء حتى يستبان من نفذ عليه الشراء بالنقد فاعتبرنا العقد واقعا للعقد عملا بتضيعة الاصل
 كذا في الذخيرة و فرق ابو يوسف رح بين هذا وبين المامور بالحج عن الغير اذا اطلق
 النية عند الاحرام فانه يكون عاقد لنفسه لان الحج عبادة والعبادة لا يتعدى الا بالنية فكان
 ما مورابان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط اما
 في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الامر مخالفا فيبقى حكم عقده
 موقوفا على النقد كذا في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من بيوعه **قوله** اخبر عما لا يملك
 استينافه لان العبد ميت والكلام فيه والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اخلفنا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عندا بيبوسف ومحمد ر ح لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعندا بيبوسف ر ح القول للأمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فان رأى الصنفه خاسرة الزمها الأمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيقبل قوله تبعاً لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اخلفنا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين

قوله وهو الرجوع بالثمن أي سبب الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الأمر لا العقد لاجل الأمر فترك الوسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكر المسبب وارادة للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الأمر مختص بالشراء لاجل الأمر وفي بعض النسخ لا يملك استينافه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الأمر وهذا ظاهر **قوله** لانه يملك استيناف الشراء لان العبد حي والحي محل للشراء فيملك ان يشتريه في الحال لاجل الأمر فان قيل الشري لا يتوقف بخلاف البيع لما وقع شراؤه او لا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استيناف الشراء دائر مع التصور فيتصور ان يتفاخ الوكيل ببعده مع بائعه ثم يشتريه لاجل المراكز **قوله** تبعاً لذلك أي تبعاً لقبول قوله في دعوى الخروج عن عهدة الأمانة لانا انما صدقنا باعتبار الثمن لانه يدعى الخروج عن عهدة الأمانة ومن ضرورة ذلك قبول قوله في ان الشراء كان للأمر وما كان ثبوته بطريق التبعية لا ينظر الى وصفه فلا ينظر هنا الى كون الوكيل منهما او غير منهما **قوله** ولا ثمن في يده ههنا أي في ما اذا لم يكن الثمن منقودا **قوله** لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه فان قيل (الولي)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

على ما ذكرناه لا يحنيفة ر ح * ومن قال لا خبر يعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم امره لم يكن ذلك له لان الاقرار ارتد بردة *

الولي اذا اقرب تزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة ر ح مع انه يملك استيناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة ر ح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استينافه على قول ابي حنيفة ر ح لا يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان ذلك عبارة عن انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقرار تزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرع لعدم الشهود فكان لا يملك استينافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين *

قوله على ما ذكرناه لا يحنيفة ر ح اشارة الى قوله لانه موضع تهمة وهذه المسئلة على وجهين اما ان وكله بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما اذا كان الثمن منقودا او لم يكن وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قائما او هالكافان كان الثمن منقودا فالقول للوكيل في جميع الوجوه لانه يدعي خروج نفسه عن عهده الامانة **قوله** يعني هذا العبد لفلان معناه انا وكيل فلان بشراء هذا العبد فبعت حتى اشتره لاجله **قوله** فان فلانا يأخذه اي له ولاية الاخذ **قوله** لان قوله السابق وهو قوله يعني هذا العبد لفلان اقرار بالوكالة من فلان فان قيل يحتمل ان معناه لشفاعة فلان كما قال محمد ر ح في كتاب الشفعة ولو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لا يملك قلنا اللام للتملك وانما حمل على الاسقاط في مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسؤال الاسقاط ولا كذلك ههنا

(قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

قال إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لأنه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى
لغيره بغير أمره حتى لزمت ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع
يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقدا الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي
وهو المعبر في الباب **قال** ومن أمر رجلا بأن يشتري له عبيدين بأعيانهما ولم يسم له
ثمنا فاشترى له أحدهما جازلان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع
إلا في ما لا يتغابن الناس فيه لأنه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو أمر
بأن يشتريهما بالالف وقيمتهم سواء فعند أبي حنيفة رخص أن يشتري أحدهما بخمس مائة
أو أقل جازفان اشترى بأكثر لم يلزم الأمر لأنه قابل الف بهما وقيمتهم سواء فيقسم بينهما
نصفين دلالة فكان أمرا بشراء كل واحد منهما بخمس مائة ثم الشراء بهما موافقة
وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز

قوله إلا أن يسلمه المشتري له روي بروايتين على صيغة اسم الفاعل ومعناه إلا أن يسلم
العبد الفضولي الذي اشتراه لاجل فلان إليه وعلى صيغة اسم المفعول ويكون
مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل ضمير أي إلا أن يسلم الفضولي
العبد إلى المشتري له وهو فلان وهذا الاستثناء من قوله لم يكن له أي لم يكن
لفلان إلا في صورة التسليم إليه وأنما ذكر صورة التسليم إليه لأن فلانا لو قال اجزت
بعد قوله لم أمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لأن الإجازة يلحق الموقوف
دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري **قوله** وعليه العهدة أي وعلى المشتري
العهدة لأنه صار بائعا من فلان بالتعاطي **قوله** وهو المعبر أي التراضي في الباب
ي في باب البيع قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض **قوله** لأنه توكيل
بالشراء قيد به احترازا عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز عند أبي حنيفة رخص بالغبن
الفاش وأما في التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش * (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصريح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الادلة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رجا ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما تلتاه لكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليتمكن تحصيل غرض الآء **قال** ومن له على آخر الالف درهم فامره ان يشتري بها هذا بعد فاشتره جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولوعين البائع يجوز له ان شاء الله تعالى * **قال** وان امره ان يشتري بها عبد ابغير عينه فاشتره فدات في يده قبل ان يقبضه الامر مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رجا وقال اهولازم للامر اذا قبضه الما موروعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تعينان في المعاوضات ديننا كانت او عينا الا ترى انه لو قبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لادين لا تبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيدة ولا يحنف رجا انها تعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها

قوله الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم فان قيل الخلاف قد تحقق والشري لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل تلتا العمل بالصريح اقوى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها بصريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها والشري قد يتوقف اذا لم يجد نفاذا على المشتري كالوكيل بشراء عبدا اذا اشترى نصفه وشراء الصبي والعبد المحجور والمراد **قوله** ان يسلم ما عليه اي يشتري بعقد السلم او يصرف اي يشتري بما عليه الدراهم والدنانير **قوله** فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء اي التقييد بالدين او بالعين وعدم التقييد سواء **قوله** ولا يحنف رجا انها تعين في الوكالات اي بعد التسليم الى الوكيل وفي الذخيرة قال محمد رجا في الزيادات رجل (قال)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

ثم استهلك العين أو اسقط الدين بطلت الوكالة وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يؤكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمرا بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا زال أعطى مالي عليك من شئت بخلاف ما إذا عين البائع لانه يصير وكيله عنه في القبض ثم يتسلط به وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه لان انعقاد البيع تعاطيا *

قال لغيرة اشترى بهذه الألف دراهم جارية وارة الدراهم ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرق الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل ثم قال الأصل أن الدراهم والدنانير لا تعينان في الوكالات قبل التسليم بخلاف لان الوكالات وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تعينان قبل التسليم فكذا في ما هو وسيلة إليه فاما بعد التسليم هل تعين اختلاف المشايخ فيه بعضهم قالوا تعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنان احدهما يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر في ما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شرائه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثانية قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين ديناً للبائع على الوكيل وديناً للوكيل على الموكل *

قوله ثم استهلك قيد بالاستهلاك لان الوكالة لا تبطل بالهلاك في يد الموكل وانما تبطل بالهلاك في يد الوكيل **قوله** كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أي على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المضمر بان كان لزيد على عمرو دين مثلاً واشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو ولا يجوز **قوله** أو يكون أمرا بصرف ما لا يملكه معطوف على كان هذا تمليك الدين **قوله** إلا بالقبض قبله أي قبل القبض والمراد من الصرف (الدفع)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

قال ومن دفع الى آخر الغا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسائة وقال المأمور اشتريتها بالثمن فالتقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الغالائه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالتقول قول الامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي الغا فيضد * **قال** وان لم يكن دفع اليه الا الف فالتقول قول الامر اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة

الدفع لا بيع الصنف اي صار امرا بتملك ما لا يملكه لان رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ما ادعى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ورب الدين لا يملك ما في ذمة المديون قبل القبض حقيقة فكان امر رب الدين المديون بالدفع الى البائع امر افيما لا يملكه فكان باطلا كما اذا قال اعط ما لي عليك من الدين من شئت والجامع ان كلا منهما تملك ما هو غير مملوك وفي المبسوط ولا يحنيفة رح ان رب الدين امره بصرف الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع ما لي عليك من الدين الى من شئت او القه في التجارة فان قيل يشكل بما لو اجر حما ما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتملك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح قلنا ذاك قولهما وثن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الاجر في القبض *

قوله فالتقول الامر لانه خالف (لانه ان اشترى بالثمن فالتقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الغالائه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالتقول قول الامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي الغا فيضد * **قال** وان لم يكن دفع اليه الا الف فالتقول قول الامر اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وان كانت قيمتها المفعلة انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور **قال** ولو امره ان يشتري له هذا العبد وامر باسمه ثم اشتراه فقال الامر اشترى به بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور بالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف هو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنده او قبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجز بينهما بيع فلا يصدق عليه بقبي الخلاف وهو قول الامام ابي منصور روح وهو اظهر والملة اعلم بالصواب

قوله وان كانت قيمتها المفعلة انهما يتحالفان اي فمعنى قول القول قول الامر انهما يتحالفان **قوله** قيل لا تحالف ههنا هو قول الفقيه ابي جعفر روح لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع فيجعل تصديق البائع والوكيل بمنزلة انشاء العقد وقيل يتحالفان وهو قول الامام ابي منصور الماتريدي وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع اي المأمور لانه بائع تقديره في حق الموكل وانما قلنا ان يمينه معظم يمين التحالف لان البائع وهو المأمور ههنا مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري فمكروه على المنكر اليمين على كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلان يجب على المشتري المكروه هو الامر اولى وهو معنى التحالف وذكر فخر الاسلام روح في الجامع الصغير لولا ان المراد هو التحالف للزمت الجارية الامر لان الامر اذا حلف صار الشري بخمسمائة والجارية تساوي الف فانها تلزم الامر فثبت بهذا انه اراد بقوله ويلزم الجارية المأمور انهما يتحالفان فاذا تحالفا نقض ملك الامر ولزمت الجارية المأمور **قوله** والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما هذا جواب من تعليل القول الاول بقوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر * (فصل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

*** فصل في التوكيل بشراء نفس العبد ***

قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بال ألف وودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فبا عد على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأثور صغير عندنا لا يرجع عليه الحقوق فصا كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعتقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شري العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة ثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمن للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء

*** فصل في التوكيل بشراء نفس العبد ***

قوله لان بيع نفس العبد منه اعتاق لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل ان يملك مالا فصا ر مجازا عن الاعتاق اذا البيع ازاله ملك بعوض الى آخر فجازا ان يستعار منه واذا كان اعتاقا اعتقب الولاء لان ما ثبت يثبت بضروراته ولو ازمه **قوله** وان لم يبين للمولى اي لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد **قوله** لان اللفظ حقيقة للمعاوضة اي لان قوله اشتريت عبدك بال ألف درهم موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وامكن العمل بالحقيقة اذا لم يبين فيحافظ على المعاوضة **قوله** بخلاف شري العبد نفسه حيث نجعله الاعتاق وجه الورد انه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغي ان يحمل على حقيقته اينما كان ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة في ما اذا اشترى العبد نفسه من مولاة بالبدل بل حمل على الاعتاق ببدل لان المجاز فيه متعين لانه تعذر اعتباره بيعا حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشتري والعبد ليس من اهله اولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازاله الملك فيهما **قوله** وعلى المشتري الف مثله هذا ظاهر في ما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع (1)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

بشأن التوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقد بين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقت المراء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعارضة المحضه فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاة بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو لا امر لان العبد يصلح وكيل من غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليتة والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليتة في يده

الشراء للعبد نفسه حتى اعتق هل يجب على العبد ان يخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفي ما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ان يخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه *

قوله بخلاف التوكيل بشراء العبد عن غيره اي بخلاف ما لو وكله غير العبد ان يشتريه له فانه يصير مشتريا للامر سواء اعلم الوكيل البائع انه اشتراذ لغيره او لم يعلمه وههنا ما لم يعلمه انه يشتري للعبد لا يصير مشتريا للعبد لان العقد بين نمطه على نمط واحد في الحالين شراء وفي الحالين المطالبة متوجهة الى الوكيل فلا يحتاج الى البيان وههنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه صغير فلا يرجع الحقوق اليه وربما يرضى السيد باحدهما دون الآخر وفي الجامع الصغير للتمر تاشي والمطالب بالثمن الوكيل وفي رواية العبد وفي باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير واذا وجب المال على الوكيل يرجع الوكيل على العبد ووجه رواية الجامع ان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشراء العبد لغير العبد وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هنا وعن عيسى بن ابان رة قال الصحيح ما ذكر في هذا الموضع دون ما ذكر في الجامع لان الوكيل من جانب العبد في العتق صغير ومعب فانه لا يستغني من اضافة العقد الى الامر وليس له من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل **قوله** ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاة بعني نفسي لفلان بكذا (فعل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الامر صلح فعله امثالا
فيتم العقد للامر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون
المعاوضة والعبد وان كان وكلا بشراء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر

فجعل اي قال بعث فهو الامر وانما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت واما اذا وقع الشراء
للعبد يتم العقد بقول المولى بعث مسبوقا بقول العبد بعني نفسي بكذا ابتداء على ان الواحد
يتولى طرفي الاعتاق على مال اذا كان المال متقدرا ولا يتولى طرفي البيع وان كان المال متقدرا *
قوله حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرة
لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن فان قيل وقوع المالة في يد العبد ضروري لا يمكن
الا حترازه للمولى فكان كالتوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وان كان يده
كيد الموكل حكما لانه لا يمكنه الاحتراز عند قلنا لا يمكن التحرز للتوكيل من هذا في جنس
الوكالات ولكن للبائع التحرز عنه في حبس الوكالة بان باع عبده بوكيل لا يشتري
نفسه ولان يد الوكيل يد نفسه حسا ويد الموكل شرعا وتقديرا بحكم النيابة فامكن ان يجعل
يد الوكيل يد نفسه في حق الحبس ويد موكله في حق الضمان حتى هلك من مال الموكل
اعتبار اللجهتين فاما العبد في قبض عا ليتدليس بنائب عن مولاه بل خرج العبد عن يد مولاه
حقيقته وحكما بالبيع ولهذا الوهالك لم يهلك من مال المولى فلم يبق له حق الحبس لهذا
قوله والعبد وان كان وكلا بشراء شيء معين جواب سوال وقد ذكر السؤال والجواب
في الفوائد اظهرية فان قيل العبد هنا وكيل بشراء شيء بعينه والوكيل بشراء شيء بعينه
لا يملك الشراء لنفسه خصوصا في فصل الاطلاق اولى ان لا يقع الشراء لنفسه لانه لما
لم يقع الشراء للوكيل عند التصريح بانه يشتري لنفسه لما مر اولى ان لا يقع لنفسه
عند الاطلاق قلنا هذا اذا لم يتنوع التصرف اما اذا تنوع فلا والموجود من العبد بتقدير
الاضافة الى الموكل شري وبتقدير الاطلاق او الاضافه الى نفسه قبول الاعتاق (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا الوقال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق
يحتمل الوجهين فلا يقع أمثالا بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه *

* فصل في البيع *

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل
شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله وفي مثله ينفذ على الوكيل كما اذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين او خلع
امرأته على ذلك او استوهبه فوهبه المالك منه او اشتراه باكثر من الثمن الذي عينه
او بخلاف جنس ذلك الثمن **قوله** لان المطلق يحتمل الوجهين فان قيل ينبغي ان يقع
الشري للموكل عند الاطلاق لان المنظر حقيقة في الاصل فلا ترد بين الحقيقة والمجاز
ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفي مانحن فيه لو وقع الشري لموكله
كان الشري معمولاً على حقيقة وهي المعاوضة ولو وقع الشري للوكيل كان الشري
معمولاً بمجاز لان الشري غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة فلما عارضت جهة
اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه
نهر رجحنا هذه الجهة بحسب مقتضيات البائع ظاهر او هو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على
تقدير وقوع الشري للموكل يفوت هذا الغرض او نقول لما وقع التعارض بين الاسلين
رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة سباحة محضه *

* فصل في البيع *

قال والوكيل بالبيع والشري لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته
له عند ابي حنيفة رحمه وفي الذخيرة الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا يقبل شهادته له ان كان
باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالا جماع
فان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذا الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصاريبعاه من نفسه من وجه الاجارة والصرف على هذا الخلاف **قال** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة ربح ولا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الساس فيه ولا يجوز الا بالدرهم والدنانير لان مطلق الامر بتقيد المتعارف لان لتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بموافقاتها والمتعارف البيع بثمن المتل والنقد

فعن ابي حنيفة ربح روايتان في رواية الوكالة والبيع ولا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا يقبل شهادته بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة ربح وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة ربح باتفاق الروايات فابو حنيفة ربح فرق على رواية الوكالة والبيع بين المضارب وبين الوكيل والفرق ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهية وقد يكون نائبا محضيا في بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف فلما يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالائتبال لا يجوز تصرفه معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون متهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة *

قوله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كما ذكر في الذخيرة **قوله** اذا الاملاك متباينة دل عليه انه يحل لابن وطى جاريته ولو لم يكن ملكه متباينة عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة وطالح وطئها **قال** ابو حنيفة ربح قدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك التدرج من التباين وجودة كعدمه في مواضع التهمة **قوله** والاجارة والصرف على هذا الخلاف وكذا السلم خصهما

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

ولهذا يتقيد التوكيل بشراى الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراى من وجه فلا يتناولها مطلق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او باليمن متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العيب والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة ربح على ما هو المروى عنه وان يبيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحدث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه يبيع لان ولايتهما نظرية ولا نظرية والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

بالذكر لان شرعية الاجارة على منافذ دليل لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة فيزداد انتفاء شرعيتها بعد الاجارة مع من لا يقبل شهادته فيجب ان لا يجوز اجارة التوكيل معهم بالاجماع وكذلك عقد الصرف يتوقف على شرائط (ولم) كان يجب ان لا يجوز اجارة التوكيل مع من لا يقبل شهادته بالاجماع وكذا السلم فتبين بهذا انهما ايضا على الاختلاف *

قوله ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الجمد والفحم والاضحية التوكيل بشراء الفحم يتقيد بايام البرد في تلك السنة والتوكيل بشراء الجمد بايام الصيف في تلك السنة والتوكيل بشراء الاضحية بايام النحر في تلك السنة او قبلها **قوله** ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي وهو وكيل بالبيع المطلق دون الهبة وكذلك المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه وهو وكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الامر **قوله** والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة ربح والمسائل مروية عن ابي يوسف ربح فاما ما رواه ابي حنيفة ربح يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مراد فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام **قوله** وانه يبيع من كل وجه اي البيع بالغبن او بالعيب يبيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحدث به اي البيع بالغبن او بالعيب **قوله** والمقايضة شراء من كل (وجه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذ لم يوافق الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الأمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد *
قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض دة نيم وفي الحيوانات دة يازدة وفي العقارات دة دوازدة لان التصرف بكثرة وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلته التصرف *

وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما جواب عن قولهما بانه بيع من كل وجه بالنسبة الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه *
قوله والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها هذا في ما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد فاما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الأمر قلت الزيادة او كثرت وفي الذخيرة والوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول البيهقيفة رح وان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شراء من وجه الا ان الشراء اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شري من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الشري بالاتفاق ثم الغبن الفاحش متحمل في بيع المقايضة في ظاهر الرواية عن البيهقيفة رح لانه وكيل بالبيع المطلق والوكيل بالبيع يملك البيع بما عَزَّوْهَان عنده وروى الحسن عن البيهقيفة رح في الوكيل بالبيع اذا باع بعرض فان كان يساويه جاز والا فلا ووجه هذه الرواية انه في جانب العرض مشتري والوكيل بالشراء لا يشتري للأمر بالمحابة الفاحشة **قوله** وقيل في العروض دة نيم النخ (جعل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اللفظ مطلق من قيد الانفراق والاجتماع لا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى وقال لا يجوز لأنه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن يبيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما * وإن وكله بشراء عبداً فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى ببقية لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقاً شقاً فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر بالبيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الأمر وهذا بالاتفاق والفرق لا يبيح حنيفة رحمه الله أن في الشراء بتحقيق التهمة

جعل هذا مما لا يتغابن فيه وفي الجماع الصغير للتمرتا شي قبل: وما يتغابن الناس فيه في العروض دة نيم وفي الحيوان دة يازدة وفي العقار دة يازدة جعل هذا بيان الغبن اليسير وفي النهاية وهذا بيان الغبن اليسير ويتحمل هذا المقدار من الغبن في هذه الاجناس على هذا الترتيب *

قوله وإذا وكله ببيع عبده قيد بالعبد لأن يبيع النصف في ما وكل ببيع ما ليس في تبعيضه ضرر جائز بالاتفاق وفي الايضاح في باب الوكالة بالبيع ولو باع الوكيل بعض ما امر به فان لم يكن في تبعيضه ضرر جاز في قولهم لأن البيع تناول الجملة فكان متناً ولا للابحاض وليس في التفريق ضرر

قوله لا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإن قيل إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة وما يبيع النصف يتضمن عيب الشركة في العبد فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شر فلا ينفذ بيعه على الموكل قلنا ضرر الشركة أهون وأقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله لأن يجوز هذا وهو ضرر الشركة أولى **قوله** وإن وكله بشراء عبداً فاشترى نصفه فالشراء موقوف أي بالاتفاق ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمه الله في الوكيل بشراء عبداً إذا اشترى نصفه قال أبو يوسف رحمه الله إن اعتقه الأمر جاز وإن اعتقه الوكيل لم يجوز وقال محمد رحمه الله إن اعتقه (١)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

على ما مر وأخران الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق **قال** ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فردة المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي بينة أو بآباء يمين أو بإقراره فانه يرد على الأمر لأن القاضي يتقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة

الوكيل جاز وإن اعتقه الموكل لم يجز فأبو يوسف رح يقول بان العقد موقوف على إجازة الموكل لا ترى أنه لو أجاز صريحاً نفذ عليه والاعتاق إجازة منه فنفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلاً بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ اعتاقه ومحمدة يقول بأنه خالف في ما أمر وإنما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف وقبل أن يشتري بقي مخالفاً فإن اعتقه الأمر لم يجز كذا في الإيضاح *

قوله على ما مر إشارة إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه **قوله** وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه لأن له ولاية مطلقة في ملكه والأمر بالشراء صادف ملك الغير لأنه يلاقي مال البائع وذمة المأمور وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير ولا يعتبر إطلاقه فيه لأن العمل به ضروري ولا عموم للضروريات فاذا صار المتعارف مراد المبيع غير مراد أولاً لأنه لو اعتبر العموم في التوكيل بالشراء لا شترى ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم أنه لم يقصد ذلك فحمل على إخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير والوكيل بالبيع لا يعدو تصرفه ما أمر ببيعه فامكن اعتبار الإطلاق فيه **قوله** وتاويل اشتراطها في الكتاب يعني لما يتقن القاضي بخدوثة (أ)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله بينة او باء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الأمر *
قال ثان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكان السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل كل فيلزمه بينة او بنكوله

العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج فما معنى اشتراطها فقال تاويل اشتراطها ان القاضي علم ان العيب لا يحدث مثله في شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج ليظهر تاريخ البيع فيحصل العلم للقاضي ان العيب كان عند البائع لان مثل هذا العيب لا يحدث في مثل هذه المدة او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء والنساء وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى هذه الحجة للرد فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة الى قضاء القاضي لا ند يقبله لامحالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول *

قوله وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله بينة او باء يمين اي ان نكل الوكيل يرده على الأمر ايضا وفيه خلاف زفره فان قيل اذا كان الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه وهذا دليل زفره فجعل هذا ما لو يرد عليه باقراره سواء في حق البائع الاول فكذا في حق الموكل ولكن نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك بعمل باشارة لا مرفير جمع عليه بما يلحقه من العهدة فيه بخلاف ما لو اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول ولكن في عمل باشارة لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره **قوله** والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن (علمه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا الحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا *

علمه هذا يشير الى ان الوكيل يحلف على البتات اذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعده العيب عن علمه ولكن عامة الروايات على ان الوكيل يحلف على العلم فاذا علم بالعيب فحينئذ يضطر الى النكول *

قوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه اي موكله سماه بائعا لكونه بمنزلة البائع في انه يرد عليه الوكيل تارة يخاصمه في الرد في بعض الصور والفرق ان الرد لما حصل بقضاء تعذرا اعتباره ببيع جديد الفقد التراضي فكان فسخا الا ان هذا فسخ بدليل قاصر فلتصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل رد اعلى الموكل ومن حيث انه فسخ كان له ان يخاصم الموكل ومتى كان الرد بالاقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضي فامكن اعتباره ببيع جديد افي حق الثالث فيبطل حق الخصومة فان قيل الوكيل بالاجارة اذا آجر وسلم ثم اطع المستاجر بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل حتى كان الوكيل مستاجرا من المستاجر وذلك جائزا اذا فعل قلنا لا فرق بينهما في الحقيقة لان قبول الوكيل في الاجارة بمنزلة ما لو قبل الوكيل في البيع بالعيب قبل القبض بغير قضاء فانه يلزم الموكل لان المعقود عليه في الاجارة المنافع وهي غير مقبوضة **قوله** ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره فانه يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين لانهما فعلا بانفسهما عين ما يفعله القاضي لو ترفعا اليه لان الرد متعين في هذا فاذا تعين (1)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال ومن قال لا خرا مرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامورا مرتني ببيعه ولم تنل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستند من جهته ولان الدلالة على الاطلاق *

قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لئلا المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع بالمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضنة ثم مطلق الامر بالبيع ينظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة ربح وعندهما يتقيد باجل متعارف

الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم الموكل بل يانزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعلها القاضي فكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية وفي حكم الاصل اذ الاصل في هذه المطالبة بوصف السلامة وانما يصار الى الرد اضرورة العجز فاذا انقله الى الرد لم يصح في حق غيرهما ولهذا الواجب منع الرد وجب الرجوع بحصة العيب وفي تلك المسائل الحق متعين لا يحتمل النقل الى غير وهذا هو المراد بقوله وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا *

قوله ولان الدلالة على الاطلاق اي معنى الوكالة على التقيد حيث لا يثبت الوكالة بدونه ولهذا ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيل ببيع ذلك الشيء الا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لم يكن له ان يتصرف فيه بشيء بل يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط اما لو دفع المال مضاربة بالنصف كان للمضارب ان يتصرف فيه ما بدا له من التجارة فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيه هو الاصل فيها فكان القول قوله **قوله** ومن ادعى التقيد في الوكالة كان مدعيه هو الاصل فيها فكان القول قوله **قوله** الى اي اجل كان عند ابي حنيفة ربح حتى لو باع باجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده عملا بالاطلاق * (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

والوجه قد تقدم * ومن امر رجلا يبيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده واخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انا به في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالته ولهذا لا يملك الموكل حجرة عنه *

* فصل *

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكل به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما

قوله والوجه قد تقدم اي الوجه من الجانبين قد تقدم في التوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض وعندهما يتقيد بالمتعارف **قوله** فتوى المال عليه بان مات الكفيل منفسا والمكفول عنه ايضا مات منفسا او غاب ولا يعرف موضعه او بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالكية فحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل **قوله** والوكيل بالبيع يقبض اصالته لان الوكيل بالبيع اصيل في حق الحقوق ولهذا لا يملك الموكل حجرة عن قبض الثمن وكان له ولاية الارتهان واخذ الكفيل فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا والاستيفاء مملوك له الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك في يده كان الهلاك على الموكل والوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند ابي يوسف رح لان السخاوة يتضمن ابراء المحيل والوكيل لا يملك ذلك ولو رد الرهن جاز وضمن للموكل اقل من قيمته ومن الثمن وعند ابي يوسف رح لا يصح رده *

* فصل *

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكل به دون الآخر هذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكم ببيع عبدي هذا او بخلع امرأتي اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما (ا)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

والدليل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري *
قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء
والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة * او بطلاق زوجته بغير عرض او بعق عبده بغير عرض
او بردود بعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض
وعبارة المثني والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لانه تفويض الى رائيهما لا ترى انه تملك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما *

ان يتفرد في التصرف وفي الميسوف في باب الوكالة بالبيع والشراء اذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل اخريه
ايضا فايهما باع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وجده وهذا
بخلاف الوصيين اذا وصى الى كل واحد منهما في عقدة على حدة حيث لا يتفرد
واحد منهما بالتصرف في اصح التولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صار
وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة ثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما
بالعقد استبد كل واحد بالتصرف وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما
والآخر حاضر فجاز ببيعه جاز وان كان غائبا عنه فجاز لم يجز في قول ابي حنيفة رح *

قوله والبدل وان كان مقدرا جواب سوال وهو ان البدل اذا كان مقدرا لا يحتاج فيه الى
الرأي فينبغي ان يستبد كل واحد منهما بالتصرف **قوله** فقال والبدل وان كان مقدرا ولكن تقدير الثمن
في البيع يمنع النقصان دون الزيادة وما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وهذا يته او
يختار الآخر مشتريا لا يماطل في اداء الثمن **قوله** الا ان يوكلهما بالخصومة فلا يشترط حضور صاحبه
في خصومته عند الجمهور وقيل يشترط **قوله** للافضاء الى الشغب وانه مانع من اظهار الحق
ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء **قوله** والرأي يحتاج اليه سابقا يعني ان الخصومة وان
افتقرت الى تعاون الرايين ليعتضد كل واحد منهما بالآخر في استنباط ما هو الا صوب فيها لكن انما
يفتقر الى تعاون الرايين على ذلك قبل مجلس القضاء **قوله** او بردود بعة قيد بردها (لانه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

فاعتبره بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف
دنه ان التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء *

قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء * او يقول له اعمل برأيك لا طلاق
التفويض اليه رأيه فاذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك
الاول عزله ولا ينزل بموته وينزل ان بسوت الاول وقدم نظيره في ادب القاضي *

لانه اذا وكل وكيلين بقبض ود يعدة له ليس لكل واحد منهما ان يتقرب بالقبض وفي الاصل واذا
وكل رجلين بقبض ود يعدة له فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامناً لانه شرط اجتماعهما
على القبض واجتماعهما على القبض ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع
فاذا قبض احدهما صار قابضاً بغير اذن المالك فيصير ضامناً فان قيل ينبغي ان يكون
ضامناً للنصف لان كل واحد منهما ما مور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما ما مور بقبض
النصف اذا قبض مع صاحبه فاما في حالة الانفراد فغير ما مور بقبض شيء منه *

قوله فاعتبره بدخولهما اي فاعتبر التعليق بمشيئتهما بالتعليق بدخولهما بان قال ان
دخلتما الدار فامرأته طالق لا تطلق ما لم يدخلا **قوله** فعقد وكيله بحضرته جاز لم يشترط
للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر
من وكالة الاصل اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل
الاول جاز حكى عن الكرخي رحمه الله انه قال ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر
هـ طلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان محمول
المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشائخ وهذا ان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح
لانهم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة ولعدم التوكيل من الاول
حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر فانه لا يجوز عقده بالنصولي الا باجازة تدلان اجازة
بيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملاً كذا هنا ومتى اجاز فانما يجوز (لان)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

قال فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجوز لانه ذات رأيد الا ان يبلغه فيجيزه وكذا الوباغ غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه في تقدير الثمن ظاهر او قد حصل وهذا بخلاف ما اذا ركل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناهما اذ لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيد في معظم الامر وهو التقدير في الثمن **قال** اذا زوج المالك ثوبا او عبدا او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع واشترى اهما لم يجوز معناه ان تصرف في ماله لان الرق والكفر يقطعان الولاية الابدية ان الموقوف لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا العاقر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظوية ولا بد من التفاوض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق بزوال القدرة والكفرية تطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما لان الوكيل يملك مباشرة بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلة روايتين وجه رواية الجواز بحضرة الاول من غير اجازته انه حضر هذا العقد رأي الاول *

قوله وتكلموا في حقوقه ذكر البقائي في فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفي حبال الرهمل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني وذكر الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بانزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول **قوله** ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز اطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهر او قد حصل وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد **قوله** معناه التصرف في ماله ما يريد به التعميم اي لا يختص بالبيع والشراء بل اي تصرف كان لم يجوز ومعنى قوله معناه التصرف في ماله ان الشراء ينفذ عليه لاعليها لانه تصرف في ماله وليس له ولاية على ماله اذ معناه بان اشترى لها بماله لان يكون المراد ان يشتري لها بماله نفسه (قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وقال ابو يوسف ومحمد ربح والمرتد اذا قتل على ردة والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فالولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عند هم الكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبلاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح *

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلا فالمر فررح هو يقول انه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرخص به ولما ان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاءها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر ربح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيرة الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعه الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك * **قال** فان كانوا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الامعا لانه رضي بامانتهم لا بامانة احدهما واجتما عهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر *

قوله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردة والحربي كذلك ان تصرفهما على المسلم لا يجوز وانما خص قولهما مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة اذا ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشرى نافذة وان قتل على ردة عند هما بناء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع **قوله** لان الحربي ابعد من الذمي لا ترى ان شهادته على الذمي لا تقبل والذمي صار منادرا وان لم يكن مناديا وحق في حق الذمي ما هو خلاف عن الاسلام ولم يثبت في حق الحربي شيء من الاصل والخاف والله اعلم *

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

قوله الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض سواء كانت الخصومة في الدين اذ في العين **قوله** والفتوى اليوم على قول زفر روى ابو بكر البخاري رحمه الله ان محمد بن سائدة وغيره من مشائخ البخاري اخذوا فيه بقول زفر به افتى ايضا الصدر الشهيد حسام الدين رح **قوله** لانه في معناه وضع (ا)

(باب التوكيل بالخصومة والقبض)

قال والتوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند البيهقي حاشي حتى لو اقيمت عليه البينة على ان يذاع الموكل او امرائه تقبل عنده ولا يكون خصمًا وهو رواية الحسن من البيهقي حاشي لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال بهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاه ولا يبيح البيهقي حاشي ان يملك لان الديون تنضي بامه اليها اذ قبض الدين نفس لا يتصور

اي لان التناضي في معنى القبض في اصل اللغة ذكر في الاساس تنضي ديني ديني وانتضيته استغنيته وانتضيت منه حتي اي اخذتها الا ان العرف بخلافه لان ديوان بد المطالبة في العرف *

قوله والتوكيل بقبض الدين وكيلًا بالخصومة عند البيهقي حاشي قيد بالدين لان التوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة بالاجماع والاصل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلًا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلًا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحرق العقد تتعلق بالعقد فكان خصمًا فيهما فاذا ثبت هذا ان قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التوكيل بقبض الدين وكيلًا باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين شيئًا من الدين كان للآخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له اخذ بلا قضاء ولا رضاء كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصمًا كما في التوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة رحمه الله التوكيل بقبض الدين وكيلًا بالتملك لان الديون تنضي بامه اليها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقًا للاستيفاء فان نصب خصمًا كالوكيل بالشراء والتسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والتوكيل باخذ الدار بالشفعة والتوكيل بالشراء خصم حتى يقبل البينة عليه والتسمة بان وكل الشريكين وكيلًا بان تقاسم مع شريكه فالشريك اقام البينة على التوكيل بان شريكه الذي هو موكلك اخذ نصيبه تقبل لانه خصم والرد بالعيب بان وكل المشتري رجلا برد المبيع على البائع فقام البائع البينة على التوكيل ان المشتري رضي بالعيب تقبل بيته لانه خصم *

(قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والتسمة والرد بالعيب وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هناك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها *

قال والوكيل بقبض العين لا يضمن وكيل بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيل بقبض عبده فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا

قوله الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء من قوله انه وكله بالتملك **قوله** وهذا اشبه باخذ الشفعة اي مسألة الكتاب اشبه بمسئلة الشفعة من المسائل الثالث الاخر لان في هذه المسائل ما لم يوجد المبادلة لا يثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة لانه لا يشترط فيها المبادلة لصحة الوكالة وكذا في قبض الدين **قوله** وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا اي كونه خصما لكونه وكيل بالتملك لانه وكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة لانه ليس بتوكيل بالمبادلة فصار امينا محض ورسولا فلم يتعلق الحقوق بالقبض فلا ينتصب خصما ولا يقبل البينة عليه اصلا قياسا حتى لا يجب التوقف لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يوقف الامر حتى يحضر الموكل فاذا حضر امر وابعادة البينة على ما ادعوا لان البينة قامت على شئين على العتق والطلاق والبيع وعلى قصر يد الوكيل ففي حق ن والملك عن الموكل ان قامت البينة لا على خصم ففي (قصر)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال وكذلك العتق والطلاق وغير ذلك معناه اذا قامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على

العتق على الوكيل بنقلهم تفعل في تصريده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق *

قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير

القاضي عند البيهقي ومحمد بن استحسانا الا ان يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رح

يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح لا يجوز في الوجهين

وهو قول ابو يوسف رح اولاه هو القياس لانه مأثور بالخصومة وهي منازعة والاقرار بضادة لانه

مسألة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

تصريده الوكيل قامت على خصم فتسمع هذه البينة في حق تصريده الوكيل ولم تسمع في حق

ازالة ملك الموكل كما لو اقام البينة على ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في تصريده *

قوله وغير ذلك كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل واقام

بينة على ذلك فتصريده الوكيل عن القبض واذا اقر الوكيل بالخصومة سواء كان

وكيل المدعي او وكيل المدعى عليه فاقراره وكيل المدعى هو ان يقر ان موكله

قبض هذا المال واقراره وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على المدعى عليه

قوله لانه مأثور بالخصومة وهي منازعة الخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على

سبيل المنازعة والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة

فكان ضده ما امر به والتوكيل بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة

والبيع والصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصي على الصبي مع ان ولايتهما

اعم من ولاية الوكيل **قوله** ويصح اذا استثنى الاقرار بان وكله بالخصومة غير جائز

الاقرار ابي لو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى

الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناه دلالة وقيل معنى قوله ويصح اذا استثنى

الاقرار ابي لو كان الاقرار خلافاً في التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لا يصح استثناءه (قبول)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيه الاهدى
فلا هدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته يتناول ما يملكه قطعا وذلك
مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه انشاء الله تعالى
فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا واستثنى الاقرار عن ابي يوسف رحمه الله لا يصح لان لا يملكه وعن
محمد رحمه الله يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى

قبول البينة من التوكيل بالخصومة واستثناء الانكار وهذا ايضا يصلح جوابا عما يقال
الخصومة حرام فيجعل التوكيل بها مجازا عن التوكيل بالجواب فيتناول الاقرار فاجاب
ان المصير الى المجاز عند تعذر الحقيقة وهنا لا تعذر فانه يصح استثناء الاقرار فبقي توكيل
بمحض الخصومة وفي النهاية معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار ان التوكيل بالخصومة
لو كان مجازا لمطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة
لان المراد من الجواب اما الاقرار والانكار كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار
من الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك ممتنع ولهذا استثنى الانكار لا يصح لما قلنا
فعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب *

قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة هذه مسئلة مبتدأة خلافية
ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو اى هذا الخلاف
ايضا عند زفرو الشافعي رحمه الله يتقيد بجواب هو خصومة لان العادة في التوكيل جرت
بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فلا هدى وفي الاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية
وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا بالاجماع وصحته يتناول ما يملكه قطعا والمملوك
قطعا مطلق الجواب لا الاقرار ولا الانكار عينا فيصرف الى مطلق الجواب تحريا للصحة
قطعا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح استثناء الاقرار لانه لم يملك للتوكيل بالانكار عينا وانما
يملك التوكيل بجواب هو حق لا محالة وعن محمد رحمه الله يصح لان التنصيص على (استثناء)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه وبخبر الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف ر ح ان الوكيل قائم مقام الموكل واقاراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقته او مجازاً والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً اما لانه خرج في مقابلة الخصومة لانه سبب له لان الظاهر انبائه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البيعة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال البذل لانه صار منقضاء وصار كالأب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه *

استثناء الاقرار زيادة دلالة على انه متيقن بحقه في الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى اي على ما هو الاولى بالمسلم وهو مطلق الجواب فانه خلال في عموم الاحوال والخصومة منازعة وهي حرام والتوكيل بالاحرام حرام فحملناه على المجاز بظاهر حاله *

قوله وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب اي وعن محمد رحمه الله انه لم يصح استثناء الاقرار من المطلوب لكونه مجبوراً عليه وانما يكون مجبوراً لدفع ضرر المدعي وفي صحة استثناء الاقرار اضماره وصح استثناء الاقرار من توكيل الطالب لانه مخبر في اصل الخصومة فله ترك احدى جهتيها **قوله** جواباً يسمى خصومة حقيقته بان انكر ارمجازاً بان اقر والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً اما لانه خرج في مقابلة الخصومة اي في جواب الخصومة واطلاق اسم احدى المتقابلين على الاخر جازاً قال الله تعالى . فاعدوا عليه ببئس ما اعدى عليكم وجزاء سيئة سيئة مثلها اولان الخصومة في مجلس القضاء سبب للجواب ظاهراً والجواب تارة بلاوتارة بنعم والسببية طريق المجاز ولهذا يختص بمجلس القضاء لكن اذا اقيمت البيعة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة لزمه بطلانها فلا يؤمر بدفع المال اليه نصارك الاب والوصي اذا اقر على اليتيم انه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما (لزمهما)

قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلًا في ذلك أبدًا إلا أن الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فأنعدم الركن ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينًا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئًا لنفسه فينعدم بانعدام لازمه

لزعهما بطلان حق الأخذ وإنما لا يصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ولا نظري في الإقرار على الصغير فاما التفويض من الموكل حصل مطلقًا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الإقرار والإنكار جميعًا غير أن الإقرار صحته يختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا *

قوله ومن كفل بمال عن رجل صورة المسئلة ما إذا وكل رب الدين كفيله بقبض المال عن المديون لا يصح توكيله أبدًا حتى لو هلك المال في يده لا يهلك على الموكل وقوله أبدًا أي قبل براءة الكفيل وبعدها ما قبل البراءة فلما ذكر في الكتاب من انعدام ركن الوكالة وما بعد البراءة فإنه لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب فلم يصح إعدام قبوله وهو شرط ثم إذا بلغه الخبر فجاز لا يجوز أيضًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** فأنعدم الركن أي ركن الوكالة وهو العمل للغير فأنعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتمل إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتمل عليه لا يصبر وكيلًا لما قلنا فإن قيل يشكل بر ب الدين إذا وكل المديون بإبراء نفسه من الدين يصح ذكره في الجامع وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعيًا في فكأك رقبته قلنا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في تعليل هذه المسئلة أن المديون لا يصلح وكيلًا عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف المذكور في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية وفي الكافي فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع وإن كان المديون بإبراء نفسه ساعيًا في فكأك رقبته قلنا إنما يصح ثمة لأنه تمليك لآلانه توكيل كما في قوله طلقني نفسك قلت لو كان تمليكًا لا فنصر على المجلس ولا يفتقر * **(قوله)**

(باب الوكالة بالخصومة والتقبض)

وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطلب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بتقبض المال عن العبد كان باطلاً **ابنه ***

قال ومن ادعى الوكيل الغائب في قبض دينه فصدق الغريم ثم تسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يتقبضه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقته والادفع اليه الغريم الدين ثانياً لانه لم يثبت الاستثناء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع بينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقياً في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينتقض قبضه وان كان خداع في يد دلم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محقق في التقبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره **قال** الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانياً مضمون عليه في رعيه ما وهذه كماله اذ يثبت التي حالة التقبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدق على الوكالة ودفعه اليه على اذعان فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدق في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انتقض رجاءه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر

قوله وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء اي لزمه ضمان قيمته للغرماء ويطلب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بتقبض المال عن العبد كان باطلاً **ابنه** من ان الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه يدور به نفسه فلا يصلح وكيلاً **قوله** الا ان يكون ضمنه عند الدفع وصورة التضمين ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيل ولكن لا آمن ان يحضر الطالب ويحمد وكالتك وبأخذ مني ثانياً ويصير ذك ديناً لي عليه باتفاق بيني وبينك فهل انت كفيل عنه بما يأخذ مني فتقبل صح وصار كفيلاً **قوله** وهذه كماله اذ يثبت التي حالة التقبض اي قبض رب الدين ثانياً ولو كان الغريم لم يصدقته على الوكالة ودفعه اليه اي ولم يكذبها ايضاً بل كان ساكناً لقوله بعد هذا وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة **قوله** وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انتقض (رجاءه)

لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار
حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الي فضولي على رجاء الاجازة لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينتقضه ما لم يقع
الباس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض المودعة فصدته المودعة لم يؤمر بالتسليم اليه

رجاءه رجع عايد لا يقال بان الدفع اذا كان على رجاء الاجازة كان المدفوع اليه فضوليا
فيكون المدفوع امانة في يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه ليكون امانة عنده
من جهة المديون وانما يقبضه ليكون امانة من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة
من جهة المديون ولانه دفع بزعمه وزعمه ان يستفيد المديون البراءة بما يدفعه اليه فيستفيد
رضاء به واما اذا دفعه مع انه كذبه في الوكالة لان الوكيل قبض من المديون المال بشرط
ان يستفيد المديون البراءة عما في ذمته فاذا لم يستند هذا لم يكن المديون راضيا بقبضه
بل هو في حقه كالمغصب فكان له ان يضمه وهذا اظهر في ثبوت حق الرجوع *

قوله لما قلنا اي انما دفعه اليه على رجاء الاجازة **قوله** وفي الوجوه كلها وهي الوجوه الاربع
وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير
تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب **قوله** لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا
في حالة التصديق او محتملا في حالة التكذيب واذا كان الوكيل ظاهرا عداله كان صادقا
في قوله ظاهرا وان كان فاسقا او مستورا الحال كان قوله محتملا للصدق **قوله** فصدته المودعة
لم يؤمر بالتسليم اليه ولو سلم مع هذا ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام
علاء الدين رحمه الله في شرح الجامع انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما وجبه
وقال ايضا ان المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قبل الايضمن
وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع
من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله *

(قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعه ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعه من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه مادام حيا كان اقرار ايمالك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه *

قال بان وكل وكيل بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق *

قال ويتبع رب المال فيستحلله رعايته اجانبه ولا يستحلف الوكيل لاندائب **قال** وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئله الدين

قوله لانه اقرار بمال الغير لان الوديعه مال الغير بخلاف الدين لان ما يتضيه المديون خالص ماله لان الديون تقضى بامثالها فكان ما اداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه باداء المال ومن اقر على نفسه بالمال يجبر على الاداء وذكر في الذخيرة وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل ان يقول ارسلني فلان يقول لك افرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول افرضني والرسالة بالاستقراض جائزة **قوله** ولا يستحلف الوكيل لانه نائب وفي الايضاح ولو اراد المطلب ان يحلف الوكيل ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لم يحلفه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (و)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد وما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطالان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر *

وقال زفر رحمه الله احلفه على العلم فان ابى ان يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجة لان الوكيل لو اقرب ذلك بطلت وكالتة فجاز ان يحلف وا ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقولان فانه يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين *

قوله لان التدارك ممكن هنالك اي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله اذ القضاء لم ينفذ باطنا لانه ما قضى الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسله وهنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة لان قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رحمه الله ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا لا يكون للبائع ان يستحلف المشتري اذا حضر على الرضاء لانه لا فائدة ان نكل فيظهر انه كان راضيا بالعيب وان حق الفسخ لم يكن ثابتا للمشتري وان القاضي اخطأ في قضائه بالفسخ ولكن عند ظهور الخطاء في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ **قوله** قالوا يجب ان يتحد الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في الفصلين ولا يؤخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما في هذا كما في مسئلة الدين لان القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين اي في فصل الرد بالعيب وفصل الدين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد (١)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عشرة عليهم من عندة
فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا
كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس لذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان
في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخله والله اعلم بالصواب *

المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلفه بالله ما رضيت بهذا العيب
وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري غائبا لا يرد عليه ايضا حتى يستحلف صيانة للقضاء
عن البطلان ونظر البائع والمديون فصار عنه روايةان رواية مثل قول محمد وفي رواية يورخيهما *

قوله فالعشرة بالعشرة اي العشرة التي انقضاها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي
اخذها من الموكل اي لا يكون متبرعا وقال الامام الترمذي رحمه الله هذا اذا كانت
عشرة الدافع فائدة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها اركان مطلقا لكن ينوي تلك
العشرة فان كانت عشرة الدافع مستهلكا وكان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد
اليها يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تنعين في الوكالة وكذا لو اضاف العقد الى
غيرها عند غيبة الطالب وقيل لا تنعين عند العامة لكن تبقى الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة
والشركة حيث تنعين فيهما **قوله** وفي القياس ليس لذلك ويصير متبرعا يعني الوكيل
بالانفاق يصير متبرعا في انفاق مال نفسه بغير موكل ويلزمه رد ما قبض اليه لان الدراهم
تنعين في الوكالات بدليل انها لو هلكت يبطل الوكالة وقد خالف امره فيرد عشرته عليه وقيل
القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بوكيل بالشراء فاما الوكيل بالانفاق وكيل
بالشراء لا فتقاربه في الانفاق الى شراء ما يحتاج اليه في النفقة والوكيل بالشراء لا يكون متبرعا
قياسا واستحسانا لانه لا يمكنه استصواب دراهم الموكل في الاحوال كلها وربما يظفر في السوق بشيء
ما يحتاج اليه فلا يمكن من الشراء ونقد الدين من دراهم نفسه على سبيل الاقتراض من الموكل
واخذ دراهمه بجهة حقه لكونه ظافرا حقه ادى الى الاخلال بالغرض المطلوب وبهذا الطريق اذا قضى
الوصي دين الصغير بمال نفسه يتمكن من الرجوع في ماله كذا في الاوضح والله اعلم (باب)

(باب عزل الوكيل)

* باب عزل الوكيل *

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلًا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن **قال** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز متى يعلم لان في العزل اضراراً به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه

* باب عزل الوكيل *

قوله بطلب من جهة الطالب قيد بالطلب لانه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضراً او غائباً وبكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اى المانع عليه ووكيل الطالب فله عزله عند غيبة المطلوب لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه ان خصومة الوكيل حق الطالب لتيامه مقام الطالب وخصومة الطالب بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه **قوله** لما فيه من ابطال حق الغير وهو ان يحضره مجلس الحكم وبخاصته ويثبت حقه عليه فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق اصلاً لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل وربما يغيب المطلوب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضراً فان حقه لا يبطل اصلاً لانه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه ان يطلب منه وكيلاً آخر **قوله** وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اى في تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل الا ان الموكل في الرهن لا يملك عزله اصلاً اذ الميرض المرتهن به والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب وان لم يرض به الطالب لانه لا يبطل حقه لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب وفي الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه في البيع اصلاً لانه لا يمكنه ان يطلب الراهن بالبيع **قوله** لان في العزل اضراراً به من حيث ابطال ولايته وفي ابطال ولايته تكذيبه لان الوكيل لما زوج لموكله (او)

(باب عزل الوكيل)

فينتقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العددا والعدالة في المخبر فلا نعيده *

قال ويبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبعا ونحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه

او طلق امرأته او باع او اشترى له على ادعاء انه وكيله ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبا للوكيل في ما ادعى من الوكالة لبطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل وفي تكذيب الانسان في ما يتول ضرر عليه وهذا المعنى عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء فان قيل ابطال الولاية لا يجوز علم اولا كما في غير الوكيل قلنا هو ابطال نظرا الى الولاية في الحال ومنع من حيث ان حال البقاء في هذا العقد مثل الابتداء فانه يعتقد ساعة فساعة الا ترى انه يبطل بموت الموكل والوكيل وجنونهما واذا كان لدوامه حكم الابتداء فبالعزل كانه يمنع الوكيل من التصرف في محل مملوك له وهذه الولاية فوقنا على الشبهين حظهما قلنا بصحة العزل مع العلم عملا بشبه المنع وبعد ثبوته عند انتفاء العلم عملا بشبه الابطال *

قوله فينتقد من مال الموكل اي اذا كان وكيل بالشرى ويسلم المبيع اذا كان وكيل بالبيع فيضمنه اي ما نقد من الثمن وما سلم من المبيع على تقدير صحة العزل **قوله** وغيره بالرفع كالوكيل بالطلاق والعتاق **قوله** للوجه الاول وهو ان في العزل اضرا من حيث ابطال ولايته وقال الشافعي رحمه الله ينعزل وام يبلغه العزل لانه بالعزل يبطل حق نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق قلنا نفوذ الوكالة حقه لكن يتضرر الغير في اسقاطه ولان العزل خطاب يلزم للوكيل ان يمتنع وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فلا يثبت حق العزل في حقه ما لم يعلم **قوله** لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه (و)

(باب عزل الوكيل)

فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرا ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة
 الاغماء وحده المطبق شهر عند ابي يوسف ر ح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه
 يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد ر ح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات
 فقد ربه احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة ر ح لان تصرفات المرد موقوفة عنده
 فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل اُلحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة
 فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على رده او يحكم بلحاظه وقد مر في السير * وان كان الموكل
 امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردها لا تؤثر
 في عقودها على ما عرف **قال** واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه

وانه كان كذلك لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف في كل لحظة من اللحظات
 دوام التصرف يستبد من النقص والفسخ فلما لم ينسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند امكانه
 بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه اما اذا كان التصرف لازما لا يتأتى هذا المعنى لان
 المتصرف لا يتمكن في كل لحظة من النسخ فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء *
قوله فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض اي امر التوكيل بهذه العوارض من الموت
 والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر
 البيع ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار
 فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض لانه يسقط به جميع العبادات كالصوم والصلوة
 والزكاة اما ما دون التحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت **قوله** واذا
 وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له فحجر عليه هذا اذا كانت الوكالة بالبيع والشراء فاما
 اذا كان التوكيل بقضاء الدين او التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر
 على المأذون لان في كل شيء وليد العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا
 بايفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله (على)

(باب عزل الوكيل)

أما الشريكان فافتروا فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل أولم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باع الموكل **قال** اذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته * وان لحق بدار الحرب مرتد الم يجوز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي وهذا عند محمد ر ح فاما عند ابي يوسف ر ح لا يعود الوكالة لمحمد ر ح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمته وانما عجز يعارض المحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكلا ولا يبيوسف ر ح ان اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وبالمحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد المدب *

على الوكالة فيدركه ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرة صح ايضا فان باع باذن الغرماء او مات بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء فبطلت وكالة الوكيل حكما لخروج الموكل من ان يكون مالكا لهذا التصرف * **قوله** او الشريكان فافتروا اي احد الشريكين يعني بدا ان يبطل الوكالة في حق الشريك الآخر الذي لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما صار وكلا عند بالشركة فلما افتراقا لم يبق وكلا عنه اما يبقين وكلا في حق الآخر وينبغي ان لا ينزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا بافتراقهما والدليل عليه ما ذكر في الجامع في الباب الرابع من كتاب الشركة احد المتفاوضين اذا امر رجلا بان يشتري له عبدا بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن صححت الوكالة وصار هذا الرجل وكلا عنهما فلو تناقض الشريكان المتفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلا على على حدة ثم اشترى الوكيل بعد ذلك عبدا وهو يعلم بنقض المتفاوضة ولا يعلم جاز شرا الوكيل والعبد لا زمل الامر خاصة دون شريكه الاول والثاني **قوله** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اذا استوعبها لان كثرة كالموت وقليله كالاغماء وحدث الجنون المطبق مذكور في المتن **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتد الم يجوز له التصرف (الا

(باب عزل الوكيل)

ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتد الا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد ر ح انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبني الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل بالحاق **قال** ومن وكل آخر بشي ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوهه مثل ان يؤكله باعناق عبده أو بكتابه فاعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو بوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو بوكل بطلاق وطلقها الزوج ثلثا

الا ان يعود مسلماً هذا اذا حكم القاضي بلحاظه بدار الحرب ذكر شيخ الاسلام ر ح في المبسوط ان لحق الوكيل بدار الحرب مرتد فانه لا ينزل عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يتقض القاضي بلحاظه * **قوله** ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتد الا يعود الوكالة اي قد لحق بدار الحرب مرتد او قضى القاضي بالحاق ثم عاد مسلماً وعن محمد انه يعود فابو يوسف ر ح سوى بين عود الموكل مسلماً وبين عود الوكيل مسلماً بعد قضاء القاضي بالحقوق حيث لا يقول بعود الوكالة في الفصلين ومحمد رحمه الله فرق بينهما في الظاهر والفرق ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه برده ولحاظه فبطلت الوكالة على الثبات فاما بردة الوكيل لم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقياً لكنه عجز عن التصرف بعارض فاذا زال العارض صار كان لم يكن وعن محمد رحمه الله انه سوى بينهما وقال يعود وكيلاً كما كان فيهما لان الموكل اذا عاد مسلماً يعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته **قوله** ومن وكل آخر بشي ثم تصرف بنفسه في ما وكل به بطلت الوكالة وفي الذخيرة الاصل في جنس هذه المسائل ان الموكل متى احدث تصرفاً في ما وكل ببيعه نيل بيع الوكيل ان كان تصرفاً يعجز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة وان كان تصرفاً لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة لانه اذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال فبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة اذا ثبت هذا فنقول متى باع او وهب او تصدق (و)

(باب عزل الوكيل)

أراد أن تنتقض عدتها أو بالخلع فخلعها بنفسه لا يملك التصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وإبانها لم يكن للوكيل أن يزوجه من دلال الحاجة قد انتقضت
بإخلاف ما لا تزوجه الوكيل وإبانها إن يزوجه الموكل ابتداء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه

وسلم أو وطئ فاستولد فالوكيل يخرج عن الوكالة لأن هذه التصرفات في العين تعجز الوكيل
عن البيع لا ترى أن الموكل بعد أحداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع فكذا وكيله ولو وطئ
ولم يستولد أو استخدم أو أذن له في التجارة كان على الوكالة لأن هذه التصرفات لا تعجز الوكيل
عن البيع لا ترى أن الموكل بعد أحداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه فكذا وكيله وإذا رهن
أو أجزه وسلم ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يخرج من الوكالة وعن أبي يوسف رخص أنه يخرج *

قوله أراد أن تنتقض عدتها وفي المبسوط وأن وكله أن يطلقها ثم طلقها الزوج أو خلعها
فإن طلق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لأن الزوج بعد الطلاق والخلع مالك لا يقع
الطلاق عليها فبقي الوكيل على وكالته وإن انتقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك
لأن الزوج خرج من أن يكون ما لا لا يقع عليها بعد العدة فيبطل الوكالة وكذلك أن تزوجه
بعد ذلك لأن تمكن الزوج من الإيقاع بالسبب المتجدد والوكالة لا تملك تناوله فلا يعود الوكالة
باعتباره وعلى هذا لو ارتدت أو ارتد الزوج فإن طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لبقاء
تمكن الزوج من الإيقاع وإن لحق بدار الحرب مرتدا فذلك بمنزلة موته فلا يقع عليها
طلاق الوكيل بعد ذلك ولو أمر أهل الحرب عبدا فادخلوه في دارهم ثم رجع إلى الموكل
بذلك جديداً إن اشتراه منهم لم يعد الوكالة ولو أخذ من المشتري منهم بالثمن أو من وقع
في سهمه من الغنائم بالقيمة فهو على الوكالة لأنه لا يأخذ بهذا الطريق بعيدة إلى قديم
مكمله ولو وكله بأن يعتق أمته ثم اعتقها المرابي فارتدت ولحققت بدار الحرب فاسرت
وملكها المرابي لم يجزعتق الوكيل فيها لأنه كان مأموراً بإزالة الرق الذي كان فيها وقد زال
باعتاق المولى وهذا الحادث رق متجدد بتجدد السبب فلا يكون هو وكيلاً بازائه (قوله)

(باب عزل الوكيل)

فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف ر ح ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصارك اعزل وقال محمد ر ح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب *

قوله فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض وفي المبسوط ولو باعها الوكيل او الامر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فاللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء قاض بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غيره بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول وفي الذخيرة ولو قاله المشتري فليس للوكيل ان يبيعه ان كانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث وكذلك ان كانت الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع هو الثمن وان فات لكن من جهة الموكل وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بعدم **قوله** بخلاف ما اذا وكله بالهبة يتعلق بقوله وقال محمد ر ح له ان يبيعه مرة اخرى **قوله** فوهب بنفسه ليس بقيد لانه لو وكله بان يهب عبده فوهبه الوكيل ثم رجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه مرة اخرى قال محمد ر ح ولا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا والله اعلم (كتاب)

(كتاب الدعوى)

* كتاب الدعوى *

قال المدعى من لا يجهر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى وقد اختلف عبارات المشائخ رحمهم الله فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقبل المدعى من لا يستحق الاحتجاج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة

* كتاب الدعوى *

هي اسم للدعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو ومالا يزيد المدعى وعمرو والمدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ والفعل التانيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب ان يقول البأس بالفلان واما قوله دعوتهم فيها سبحانك اللهم فمعناها الدعاء والدعوة بالفتح المدعاة وهي المأذنة وبالكسر في النسب وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ان يجاب حق على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة واما شرعا فيراد به اضافة الشيء الى نفسه في حالة مخصوصة وهي حالة المنازعة ولهذا قال عليه السلام البينة على المدعى وقيل المدعى لغة من يقصد ان يجاب الحق على الغير الا ان اطلاق اسم المدعى في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعىا قبل اقامة البينة واما بعد اقامة البينة يسميه محقلا مدعىا ويقال لمسلمة لغنه الله مدعى النبوة وشرط صحتها مجلس القضاء فالمدعى في غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعى على خصم حاضر وان يكون المدعى شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب ولهذا الوادعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذه اذا انكر الاخر لانه يمكنه عزله في الخلل واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم اربلا ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب وهي نوعان صحيحة وفاسد **قوله** ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعى والمدعى عليه من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى (قوله)

س

كذبي اليد وقيل المدعي من يتمسك غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال
 محمد ر ح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح
 بالنقطة عند الحذاق من اصحابنا رخ لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال
 رددت الوديعة فاقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان (معنى) *
قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما

قوله كذبي اليد فانه اذا قال هو لي كان له ما لم يثبت الغير استحقاقه **قوله** من يتمسك
 غير الظاهر كما اذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على آخر فالبيئة على المدعى ادعواه
 امر اعار ضيا وهو شغل ذمته بحقه والظاهر عدمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل
 وهو براءة ذمته وهو الظاهر وكذا الظاهر ان يكون الاعلاك في يد الملاك فكان الخارج متمسكا
 بخلاف الظاهر **قوله** والترجيح بالنقطة عند الحذاق من اصحابنا اي بالمعنى اذا اعتبار
 للمعاني دون الصور والمباني فانه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار
 معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع الرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان
 معنى وهذا يحلفه القاضي اذا ادعى الرد انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رده
 لان اليمين يكون ابداء على النفي فان قيل المودع بدعوى الرد متمسك بما ليس
 بثابت اذا الرد لم يكن ثابتا وهو يدعيه والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد
 فانه كان ثابتا وهو يدعيه فكان ينبغي ان يكون المودع هو المدعى والمودع هو المنكر قلنا
 المودع يدعي فراغ ذمته عن الضمان وهو اصل والمودع يدعي شغل ذمته وانه لم يكن
 ثابتا ولهذا يقبل بينته اذا اقامها اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف
 اعتبارا للمعنى **قوله** ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اعلم ان
 الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم
 ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين اذا انكر والا ثبات (با)

(كتاب الدعوى)

في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالتزام بواسطة اقامة الحجة والالتزام في المجهول لا يتحقق * فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام بالقصص ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصور وجوب الجواب اذا حضر ليشيد حضرة ولزوم احضار العين المدعى عا لما قلنا واليمين اذا انكره وسند كره ان شاء الله تعالى *

قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف

بالبينة ولزوم احضار المدعى والفاسدة ما لا يتعلق بها الاحكام التي بينها وانفساد باحد معنيين ١. ان لا تكون ملزمة متشبهة على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله ويكون المدعى مجهولا في نفسه لان فائدة الدعوى الالتزام بواسطة اقامة الحجة والالتزام لا يتحقق في المجهول لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول بيئته المدعى ولا بنكول المدعى عليه *

قوله في جنسه بان قال حنطة مثلا وقدره بان قال عشرة اقنزة حنطة وفي الذخيرة فان كان المدعى مكبلا فانما يصح الدعوى اذا ذكر المدعى جنسه بانه حنطة او شعير ويذكر مع ذلك نوعا انها سقية او برية خريفية او ربيعية ويذكر مع ذلك صنفها انها جيدة او وسطية او ردية ويذكر قدرها بالكيل فيقول كذا اتقير لان المتدار في الحنطة الكيل ويذكر بتقير كذا لان التقير ان تتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين تختلف باختلاف اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل ان يقبض وان كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط فيه بيان مكان الايفاء **قوله** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها وفي الذخيرة وان وقع الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا او جارية لا يدري انه قائم او هالك فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة (و)

والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة **قال** فان ادعى عقارا حدة وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالب به بدلانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجدلان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لفررح اوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينه او علم القاضي هو الصحيح نفي التهمة الموضوعة اذا العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد وقوله وانه يطالب به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مروهونا في يده او محبوبا بالثمن في يده بالمطالبة يزول هذا الاحتمال مقبولة وان لم يبين القيمة اشار في عامة الكتب انها مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف لبيان القيمة لتضرره وقال الامام فخر الاسلام البرزوي رحمه الله اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي لبيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين يسمع لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه لبيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه واذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط من الشاهد بالطريق الاول *

قوله والقيمة يعرف به اي القيمة شيء يعرف العين بذلك الشيء فلذلك شرط ذكر قيمة العين وقيل ان العين لا يعرف بالوصف وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه في ذلك الجنس لكن ببيان الوصف طولا وعرضا وغير ذلك تعرف قيمته وقيل تعرف القيمة ببيان الوصف لانه اذا قيل ان قيمته عشرة دراهم من الفضة الجيدة او كذا دينار من الذهب الزكي يصير قيمته معلومة بهذا الوصف **قوله** بخلاف ما اذا غلط في الرابعة (لانه)

(كتاب الدعوى)

وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق **قال** وان كان حقا في الدمة ذكرانه
 يطالبه به لما تلبوا هذا الان صاحب الدمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه
 يعرف به **قال** واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم

لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وتأييده اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود
 فان الشهادة تقبل عليه وان سكتوا عن جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا لم تقبل *
قوله وعن هذا قالوا في المنقول اشارة الى قول لان المطالبة حقة فلا بد من طلبه ولانه
 يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده **قوله** لكن لا بد من تعريفه بالوصف
 فان كان المدعى وزنيا قائما يصح اذا بين الجنس بان قال ذهب او فضة وان بين الجنس
 وبعد ذلك ان كان مضروبا يقول كذا دينار او يذ كر نوعه بخاري الضرب او نيشابوري
 الضرب وينبغي ان يذ كر صفته انه جيد او وسط او ردي وانما يحتاج الى ذكر الصفة
 اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا وان كان في البلد نقود
 مختلفة والكل في الرواج سواء ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطى المشتري
 البائع اى نقد شاء الا ان في الدعوى لا بد من تعيين احدها وان كان احد النقدين اروج
 والاخر فضل فالعقد جائز وينصرف الى الاروج ويصير ذلك كالمفقوظ في الدعوى فلا
 حاجة الى البيان في الدعوى الا اذا كان مضى زمان طويل من وقت العقد الى وقت
 الخصومة بحيث لا يعلم اروج وقت العقد فحينئذ يشترط بيان الاروج في ذلك الوقت
 ما كان وان كان الدعوى بسبب القرض والاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل حال
 وان كان المدعى نقرة وكان مضروبا ذكر نوعها وهو ما يضاف اليه ويذ كر صفتها انها
 جيدة او وسطية او رديّة ويذ كر قدرها انه كذا درهم او وزنها الان وزن الدرهم يختلف
 باختلاف البلدان والذي في ديارنا وزن سبعة وهو الذي كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل
 وان كانت الفضة غير مضروبة ان كانت خالية عن الغش يذ كر كذا فضة (خالصة)

فان اعترف قضي عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فياً مرة بالخروج عنه وان انكر
سال المدعي البينة لقوله عم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين
دلى فتد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف *

قال ان احضرها قضي بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلته
عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقة لا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

خالصة ويذكر نزعها بان قال نقرة طمغاجية ويذكر صفتها انها جيدة او وسطية او ردية وقيل
اذا ذكر طمغاجية لا حاجة الى ذكر الجودة وان كان المدعي دراهم مضروبة والغش فيها
غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكر وزنها ومقدارها وصفتها وان كان يتعامل عدداً يذكر
عددها ولو ادعى الحنطة او الشعير بالامناء وبين اوصافها فقد قيل لا يصح هذه الدعوى وقيل
يصح وفي الذرة والملح يعتبر العرف اما في الاشياء الستة فالمعتبر هو الكيل في الاربعة منها
وهي الحنطة والشعير والتمر والملح وفي الذهب والفضة الوزن ثم اذا ادعى الحنطة والشعير
مكايلة حتى صحت الدعوى بلا خلاف واقام البينة على اقرار المدعي عليه بالحنطة او الشعير
ولم يذكر او الصنف في الاقرار قبلت بينته في حق الجبر على البيان لافي حق الجبر على الاداء وان
ادعى الدقيق بالغبيل لا تصح لالتباسه بالكبس ومتى ذكر الوزن حتى صحت الدعوى لا بد
ان يذكر انه دقيق يابس او مغسول ويذكر مع ذلك انه منخول او غير منخول ويذكر مع ذلك
انه جيد او وسط او ردي قال في النهاية هذا كله من الذخيرة وفصول الامام الاستروشي *

قوله فان اعترف قضي عليه بها اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف
على القضاء وكان الحكم من القاضي الزاماً بالخروج عن موجب ما اقربه بخلاف البينة لانها انما
تصير حجة باتصال القضاء بها **قوله** لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى **قوله** لما روينا اي
لك يمينه وانما شرط طلبه لان اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه اذا اضافة بحرف اللام
المقتضية للاختصاص تنصب على ان اليمين حق المدعي والفقه فيه ان المدعي يزعم (انه)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

* باب اليمين *

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال أبو يوسف رح يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به بجيبه ولا أبي حنيفة رح أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رح مع أبي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة رح في ما ذكره الطحاوي رح **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عم البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمه تنا في الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح

انه اتوى بالندارة حقه فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلته اتواء فان اليمين الناجرة تدع الديار بلائع والاينال المدعي عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم ثم كما ان اليمين حق المدعي فكذا هي حق المدعي عليه من حيث ان شرعيتها انما كانت لاظهار صدق المدعي عليه وما كان يرجح صدق الانسان كان حقه *
* باب اليمين في الدعوى *

معناه حاضرة في المصر احتريزه عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة لو كانت في مجلس الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق وان طلب الخصم **قوله** وجعل جنس الايمان على المنكرين اذا الالف واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين قريب وما روينا مشهور تلقينا الامة بالقبول حتى صار في حديث التواتر فلا يعارضه على ان يحصى بن معين قد رده **قوله** وليس وراء الجنس شيء أي شيء من افراد ذلك الجنس وفيه خلاف الشافعي رح فعنده اذا لم يكن للمدعي بنية اصلا وحلف القاضي المدعي عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان خلف قضي به والا لالان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه (كالمدعي عليه)

قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينه الخارج أولى وقال الشافعي رح يقضى بينة ذي اليد لا اعتصادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق أو الاستيلاء والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر أثباتاً وأظهاراً لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبت بينة ذي اليد إذا دل دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها *

كالدعوى عليه وكذا إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه يرد اليمين عليه فإن حلف قضى له بما ادعى وإن نكل لم يقض له بشيء *

قوله ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق احترازاً عن الملك المقيد بدعوى النتاج وغيره **قوله** فصار كالنتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولا أحدهما يد فانه يقضى لصاحب اليد وكذلك إذا تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما فصاحب اليد أولى ودعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده اعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه اعتقه وهو يملكه فبينه ذي اليد أولى من بينة الخارج لأن المقصود هناك اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وإنما أثبتته كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينتان ترجح جانب ذي اليد بيده وكذا لو ادعى كل واحد منهما أنها أمته دبرها أو استولد هو ولأن بينة الخارج أكثر أثباتاً أي في علم القاضي البينات شرعت للأنثى لأنها وإن كانت في التحقيق مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والأحكام عندنا تثبت بأسبابها أخذت البينة حكم الأنثى كالعلل الشرعية فإنها أمارات في حق الشرع وفي حقنا لها حكم الأنثى ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لأن الحكم يحال إلى شهادتهم إيجاباً **قوله** وأظهاراً أي في الواقع فإن الخارج بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع وبينه الخارج أكثر أثباتاً لأنه بينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهريته وذو اليد لا يستحق (على)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزيمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة فاشتبه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً ومقراً اذ لو لا ذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه فيترجم هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه **قال** وينبغي للقاضي أن يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثاً فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الاذال اعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء

على الخارج ببينه شيئاً لانه لا ملك للخارج بوجه فلا يكون بينته مثبتة للملك انما هو موكد للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك وبينه الخارج تثبت اصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا بخلاف النتائج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق والتدبير والاستيلاء وعلى الولاء الثابت فاستوت البيتان في الاثبات فترجم بينة ذي اليد ليدية * **قوله** ويمين المدعى دليل الظهور ان دليل ظهور كون المدعى محققاً في دعواه كما كانت يمين المدعى عليه **قوله** ولنا ان النكول دل على كونه باذلاً اي على قول ابي حنيفة رح او مقراً اي على قولهما اذ لو لا ذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب لانه عليه السلام قال واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب **قوله** فيترجم هذا الجانب اي جانب كونه باذلاً ومقراً على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة ولذلك يرجح هذا الجانب في نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليمين الصادقة الا ببذل المال لانه انما يرتفع ملتزماً للضرر لا ملحقاً للضرر وبالغير يمنع الحق كذا في المبسوط **قوله** ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمنا اشارة الى قوله ولا يرد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى الى آخره **قوله** لاعلامه بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعي رح لا يحكم بالنكول بل يرد اليدين الى المدعى * (قوله)

قال فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف رح
 لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابداء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض
 مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف
 وقد يكون حكما بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس
 هو الصحيح **قال** وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح
 ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفی في الابلاء والرق والاستيلاد والنسب
 والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا
 في الحدود واللعان فصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد مولاي وهذا ابني منه
 وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها
 لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه

قوله فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول والتقدير بالثلاث في عرض
 اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط
 حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاء في الصحيح ولا بد ان يكون النكول في مجلس
 القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم ان كان الاستحلاف
 عند غير القاضي كان المدعي على دعواه لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين
 عند غير القاضي غير قاطعة وان كان الاستحلاف الاول من القاضي لا ينخلقه
 ثانيا وكذا الواصلح على ان المدعي لو حلف فالمدعي عليه ضامن للمال وحلف فالصالح
 باطل ولا شيء على المدعي عليه **قوله** ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة الى آخره
 وصورة ذلك بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت المرأة ذلك او ادعت
 المرأة النكاح وانكر الرجل او ادعى الرجل بعد الطلاق وانتضاء العدة انه كان راجعها في
 العدة وانكرت المرأة او ادعت المرأة ذلك وانكر الزوج او ادعى الزوج بعد انتضاء (مدة)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

فكان اقرارا او بذلا عنه والاعتراف يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تدرى بالشبهات واللعان في معنى الحد ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى انه بذل

مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت المرأة او ادعت المرأة ذلك وانكر الزوج او ادعى مجهول النسب انه عبدة او ادعى ذلك على المجهول او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او ولاء المولاة او ادعى على رجل ان المدعى عليه ولده او والدة او ادعت الامة على مولاها انها ولدت منه هذا الولد او ادعت انها ولدت منه ولدا وقد مات الولد وانها ام الولد له عند ابي حنيفة رحمه الله لا يستحلف المسكر في هذه المسائل السبع وعندهما يستحلف واذا نكل يتضمن بالنكول وفي الاستيلاء لا يتصور الطرف الاخر لان المولى اذا اقر به يصح اقراره ولا حاجة الى الاستحلاف وفي اللعان لا يستحلف في قولهم وصورته اذا ادعت المرأه على زوجها انه قد فها قد فاموجب اللعان وانكر الزوج لا يستحلف لان موجب قذف الزوج زوجه معتبر كموجب قذف الاجنبي وفيه لا يقضى بالنكول هذا مثله لان كل واحد منهما يدرى بالشبهات حتى لا يثبت بالابدال من الحجج ككتاب القضي الى القاضي والشهادة على الشهادتين وشهاد رجل وامرأتين ولا يعمل فيه البذل والاباحة *

قوله فكان اقرارا او بذلا عنه اي خلفنا عن الاعتراف جازان يكون هذا التردد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليها في القول بالاعتراف والنكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل مقام الاعتراف لوجوب قطع الخصومة بالاعتراف او باليمين وانما يلزم القطع بقدر الحاجة فيقوم النكول مقام الاعتراف بقدر الحاجة على الخصوص الا ترى انه لا يصح الا في مجلس القضاء لانه يثبت بحسب حاجة القاضي اليه واما الاعتراف فحجة لا لوجوب قطع الخصومة عليه حتى لو اقر في غير مجلس القضاء او قبل الدعوى صح واذا كان كذلك يجعل النكول في ما وراء الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه وبذل على ما قلنا ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد (ثم)

لان معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف

ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل من اليمين ورد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا من كل وجه للزوم النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك فان قيل الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل قلنا انه وان كان كالاقرار فهو امر يلزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل ادخله فيه فعليه ان يخرج منه كما لو استحق المبيع منه بعد الهلاك فان الوكيل بضمن ويرجع به على الموكل فاما اذا اقر فهو شيء لزمه باختياره الاقرار فانه كان يتقصى عن الدعوى بالسكوت والنكول كما اذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به فان قيل يشكل على ما قالنا مسئله ذكرها في المبسوط وهي ان الرجل اذا قال كفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان ما لا فانكر فحلف فنكل فتقضى القاضي بنكوله لا يقضى بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا للقضى به قلنا انهما يقولان ان النكول بدل عن الاقرار وليس باقرار ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الاقرار ولا يخفى رح انه بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وغير مفسر بالهبة والتملك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح *

قوله لان معه لا يبقى اليمين واجبة اي مع البذل لحصول المقصود اي حصول ما ادعاه المدعي **قوله** وانزاله باذلا اولى جواب لما يقال ان اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الاقرار فلم جعل ابو حنيفة رح البذل اولى ولم يجعله اقرارا كما جعلناه فقال انزاله باذلا اولى لان الوهم لنا على الاقرار كذبنا في الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة (بلا)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حق نفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين * **قال** يستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيء ان الضمان ويعمل فيه النكول والتقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان *

قال واذا ادعت المرأة طلاق قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي اصدق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح

بلا تكذب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب والبذل لا يجري في هذه الاشياء فان المرأة لو قالت الانكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لا يعمل بذلها وكذا لو قال لست باين فلان ولا عولمى له بل انا حر الاصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فابحث له ان يدعيه وكذا لو قال انا حر الاصل ولكن ابذل له نفسي ليسترقني لا يعمل بذلا صلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني ابجده وابذله له لا تخلص من خصومته صحيح بذله فالتحاصل ان كل محل يقبل الا باحدا الاذن ابتداء يقضي عليه بنكوله وما لا فلا *

قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب المأذون لانهم لا يملكان البذل وانما اعتبر النكول منهما لانه بذل لتطع الخصومة فلا يجد ان بدا منه فيملكه كالضيافة اليسيرة **قوله** وصحته في الدين بناء على زعم المدعي جواب لان يقال لو كان النكول بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة فاجاب ان البذل هنا ترك المنع كان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان (فجاء)

وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب بمجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحمیل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما **قال** ومن ادعى قصاصا على غيره فجدده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيمادون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالوا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال

فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس قال القاضي فخر الدين رحمه الله في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وتبل ينبغي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه آخذا بقوله كما في الوكيل بالخصومة فان قبل وجوب الحكم على القاضي بالنكول دليل على انه اقرار لا بذل لان البذل يبيح الاخذ للمدعى ولكن لا يلزم القاضي ان يقضي به كاصلاح على الانكار قلنا ان كان البذل صريحا فهو بذل من العبد فلا يلزم القاضي واما اذا كان نكولا فهو بذل بحكم الشرع لما ان المدعى يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولاينازعه المنكر بيده او بذمته والمدعى عليه ابطله بالمنازعة والشرع ابطله الى اليمين ثم لما منع المنكر اليمين عاد الامر الى الاصل بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع منازعته والتمكين منه بالقضاء بالاصل لانه لا يمكنه استيفاء منه جبرا فانقل بحكم الشرع الى الاصل *

قوله وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث اذا قال المدعى انه اخو المدعى عليه لايه وان اباها مات وترك مالا في يد المدعى عليه والحجر في اللقيط اذا قال المدعى هذا الصبي الذي التقطته اخي ولي ولاية الحجر عليه وانكر ذواليد والنفقة اذا قال المدعى وهو زمن انه اخو المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعى اخاه وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب (له)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولا يبي حنيئة رح ان الاطراف يسلك بهامسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف النفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد لا كلمة وقطع السن للموجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة * واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي

له انا اخوك فانه يستحق المدعى عليه على ما يدعي من النسب بالاجماع ولكن ان نكل ثبت ما ادعى من المال او الحق لا النسب *

قوله خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه الاصل امتناع القصاص اذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه شيء لا القصاص ولا المال كما اذا اقام مدعى القصاص على ما ادعى رجلا زامرا تين او الشهادة على الشهادة وكما اذا ادعى الولي الخطاء والقاتل العدد واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه يجب الدال كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعى العدد **قوله** ولا يبي حنيئة رح ان الاطراف يسلك بهامسلك الاموال فيجري فيه البذل فان قيل لما قطع الطرف وكان عندا يبي حنيفته رح ان الاطراف يسلك بهامسلك الاموال كان ينبغي ان يجري الاستحلاف في قطع السرقة ايضا ويثبت القطع عند النكول كما في النكول في قصاص الاطراف فلما قطع في السرقة خالص حق الله تعالى جزاء فلا يثبت مع الشبهة اما القصاص في الطرف فحق العبد الذي يسلك بهامسلك الاموال فقول بل مقابلة الاموال في ثبوته مع الشبهة *

قوله واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك وله ان يطلب وكيلا حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الكيل فيتضي عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالبه (با)

وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحالى بينه وبين اشغاله فصيح التكفيل باحضاره *

قال والتقدير بثلاثة ايام مروني عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فلا استثناء منصرف اليهما لان في اخذ التكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرار ابدية بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر انشاء الله تعالى *

بالتكفيل بنفس الوكيل فاذا اعطاه كفيلًا بنفس الوكيل له ان يطالبه بكفيل بنفس الاصيل اذا كان المدعى دينان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ كفيلًا بالمال له ان يطلب كفيلًا بنفس الاصيل لان الاستيفاء من الاصيل قد يكون ايسر وان كان المدعى منفولا له ان يطالبه مع ذلك بكفيل بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وصح ان يكون الواحد كفيلًا بالنفس وكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما *

قوله وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصد الاختفاء لا يتضرر وان كان من قصد الاختفاء كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا **قوله** وهو الصحيح وعن ابي يوسف رح مقدر بمجلس القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله انه ان كان معروفا والظاهر انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء التكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرأ نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء التكفيل **قوله** فلا استثناء منصرف اليهما في اخذ التكفيل والملازمة والله اعلم * (فصل)

(كتاب الدعوى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

واليمين بالله دون غيره لقوله ع م من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذروا قال ع م من حلف بغير الله فقد اشرك وقد يؤكّد بذكراً وصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي أدعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار أن شاء غلط وإن شاء لم يغلط فيقول قل بالله أو والله وقبل لا يغلط على المعروف بالصالح ويغلط على غيره وقبل يغلط في الخطير من المال دون الحقير **قال** ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق لما روينا وقبل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ع م والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ع م لقوله عليه السلام

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

قوله إلا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين والاستحلاف أن يذكر بغيره أو فلو ذكره الله والرحمن والرحيم بالوأوات صارت ثلاثة إيمان والمستحق يمين واحدة **قوله** وقبل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وفي الفصول أن القاضي إذا حلف المدعى عليه بالطلاق فنكل لا يقتضي عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعاً وفي الخلاصة ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاءه وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في فتاواه وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعناق ففي ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعناق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية (قوله)

لابن صوريا الا عور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ءم ان حكم الزنا في كتابكم
 هذا ولان اليهودي يعتقد بنبوته موسى ءم والنصراني بنبوته عيسى ءم فيغلظ على كل واحد
 منهما بذكرا المنزل على نبيه * ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد ر ح
 في الاصل ويروى عن ابي حنيفة ر ح انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا وذكر الخصاص ر ح
 انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان في ذكرنا
 مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمه *
 والوثني لا يحلف الا بالله لان الكثرة باسرها يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم
 من خلق السموات والارض ليقولن الله * ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي
 لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك * ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان
 المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي
 حيث يكلف حضورها وهو مدفوع **قال** ءمن ادعى انه ابتاع من هذا عبدا بالف فجدد استحلف
 بالله ما بينكما بيع قائم فيد ولا يستحلف بالله ما بيعت لانه قد يباع العبد ثم يقال فيد * ويستحلف
 في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ
 بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى
 الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد
 بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه
 وهذا قول ابي حنيفة ومحمد ر ح اما على قول ابي يوسف ر ح يحلف في جميع ذلك على السبب
قوله لابن صوريا ذكر في المغرب ابن صوريا بالقصر اسم اعجمي **قوله** بل هو ممنوع عن ذلك
 لما في ذلك تعظيم تلك البيوت ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان
 وقال الشافعي ر ح ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا
 يختص بالمكان فبين الركن والمقام ان كان يمكنه وعند منبر النبي عليه السلام في المدينة
 والمسجد الجامع في غيرهما والمسجدان لم يكن ثمه جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة (قوله)

(كتاب الدعوى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالاحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعى مبنوته نفقة العدة والزوج ممن لا يراه اذ ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها لانها لا تلحق بالحاصل يصدق في يمينه في معتدته فيثبت النظر في حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الالة والعبد الكافر لانه يكره الرق عليها بالادلة المحقة عليه بنقض العهد والمحاق ولا يكره على العبد المسلم **قال** ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على عبده لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعوا كذا الهبة **قال** ومن ادعى على الآخر ما لا فائدة من يمينه او صا احد منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو ما تورع عن عثمان رضي الله عنه وان يستحلفه على تلك اليمين ابدالا لانه سقط حقه والله اعلم *

قوله الا اذا عرض بما ذكرنا اي عرض المدعى عليه والتعريض ان يقول للقاضي حين اراد ان يستحلفه على السبب وقال له فل والله ما بعث ايها القاضي البيع قد يقبل وكذا في اخواته بان يقول الغصب قد يفسخ بالهبة او البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يجدد بعد الابانة **قوله** اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعوا وكذا الهبة يريد به ان الشراء سبب يثبت باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم المشتري بان ذلك العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء باختياره وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره **قوله** ولا علم له بما صنع المورث وذكر فخر الاسلام رح في الجامع الصغير المشتري والموهوب له مال كسبب شرعي وضع له وهذا يفيد علمه بانه ملكه لا ملك غيره فصح تحليفه بالبتات فان ابى فقد امتنع (عما)

* باب التحالف *

وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنه وأدعى البائع أكثر منه واعترف البائع
بقدر من المبيع وأدعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها لأن في الجانب الآخر
مجرد الدعوى والبينة أقوى منها * وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المبنية للزيادة
أولى لأن البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً
فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات وإن لم يكن
لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والافسح
البيع وقيل للبائع وأما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والافسح البيع لأن المتصور قطع
المأزعة وهذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علمتا بديتراضيان * فإن لم يتراضيا استخلف
الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لأن
البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع
ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي
شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه
لكنه عرقاً بالنص وهو قوله عم إذا اختلف المتبايعان والسلعة فائدة بعينها لحالها فتراد أو يستدعى
بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف ر ح آخره وهو رواية عن أبي حنيفة ر ح وهو الصحيح
لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن أولاً لأنه يتعجل فائدة النكول وهو الترام بالثمن

عما هو مطلق له فصار باذلاً فاما الوارث فلا علم له بما صنع المورث فطوبى بعلم أن كان له وإذا
لم يفعل مع الامكان صار باذلاً وذكر الامام اللامشي ر ح أن في كل موضع وجبت اليمين
على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر
ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات يستقط عنه الحلف على العلم
ولو نكل عنه يقضى عليه لأن الحلف على البتات أقوى والله أعلم بالصواب * (باب)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

ولو بدئ يمين البائع تناخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان
 ابو يوسف رح يقول اولاً بيد أيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر وقل فائدة التقديم * وان كان بيع عين بعين
 او ثمن بشئ بدأ القاضي يمين ايهما شاء لاستوائيهما وصفة اليمين ان يحلف البائع
 بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين وقال في الزيادات يحلف بالله
 ما باعه بالف ولقد باعه بالغين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين ولقد اشتراه بالف
 يضم الاثبات الى النفي تأكيداً والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك
 وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً *

* باب التحالف *

قوله ولو بدئ يمين البائع تناخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لانه
 يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم ما يتعجل فائدة اولى
قوله وقل فائدة التقديم ان النبي عليه السلام جعل القول قول البائع وهذا يقتضى
 الاكتفاء بيمينه فان كان لا يكتفى بيمينه فلا قل من ان بيد أيمينه **قوله** يضم الاثبات
 الى النفي تأكيداً لانه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين ربما يحلف ويكون
 باراً في يمينه فلعله اشتراه بالف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف
 بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجواز ان باعه بالف ودرهم ويكون صادقاً في يمينه انه
 لم يبع بالف درهم فيبطل حق المدعي والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت
 للنفي دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً ولا عبرة بذلك الوهم لان البائع
 لو كان باعه بالف وتسعمائة لا يدعى البيع بالغين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه
 لا يبالى بالحلف لانه لا يحث في يمينه وكذا المشتري لو كان اشتراه بالف ودرهم لا يدعى
 الشراء بالف لانه يعلم ان البائع لا يبالى بالحلف على الف لانه لا يحث في يمينه (قوله).

قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا يفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البذل يبقى بيعا بلا بذل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد * وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته **قال** وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الخط والابراء وهذا لان باعده لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعده ضيقه والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يشتان بعرض الشرط والقول لمكر العوارض **قال** فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه

قوله فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اي ان طلبه او طلب احدهما وتبل يفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بضمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة **قوله** لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما في ما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان الموجل انقص من الحال فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن قلنا الاجل ليس بوصف للثمن (الا

(كتاب الدعوى باب التحالف)

او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد
الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا
في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولا يحنifte واييوسف رح ان التحالف بعد القبض
على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة
والتحالف فيه ينفي الى النسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتجاع العقد فلم يكن في معناه

الاترى ان الثمن موجود بعد مضيه الثمن موجود بعد مضى الاجا ^{سند البائع}
من غير تفاوت ولو كان الاجل وصفا للثمن لتغير حق البائع بقوات وصفا لتحقيقه ان الثمن حق
البائع والاجال حق المشتري ولو كان الاجل وصفا للثمن لكان تابعا لاصله في الاستحقاق *
قوله او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب وبان زاد زيادة متصلة او منفصلة **قوله** وانه
يفيد دفع زيادة الثمن يعني دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع
فكان التحالف مفيدا الاترى انهما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة
يتحالفان بان ادعى احدهما الدراهم والاخر الدينارين ويلزم المشتري رد القيمة
قوله قد ورد الشرع به في حال قيام السلعة وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط ولا يلزم
اطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع ويتراد ان لان الامر
بالتراد دليل قيام السلعة ان هو تناعل من الرد فيستدعي الرد من الجانيين ولا ذلك
الا بقيام السلعة وليس المراد به تراد العقد لانه لا يتصور ذلك مع ان المطلق والمقيد اذا وردا
في حادثة واحدة في حكم واحد فالمطلق محمول على المقيد **قوله** فلم يكن في معناه
لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينسخ العقد ويعود
كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة
لا يحتمل النسخ بالاقلالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف اذا النسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

ولانه لا يبالى بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن ديناً فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل **قال** وان هلك احد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك

قوله ولانه لا يبالى بالاختلاف في السبب جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يده عليه صاحبه اي لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البائع وصار بمنزلة اختلافهما في الف والفين بلا سبب فتكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدينانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء بالدرهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لانه لا يسلم للمشتري الا بثلثين ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار الاختلاف السبب كان ينبغي ان لا يتحالفا عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشتري حتى لو كان جارية حل للمشتري وطئها قلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به **قوله** انما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد هذا ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البائع وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته **قوله** فان كان عينا يتحالفان يعني اذا اختلفا في قدرة وبتراوان على البدل القائم وان اختلفا في كون البدل ديناً او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان كان البائع ادعى انه كان عينا وادعى المشتري انه كان ديناً لا يتحالفان والقول قول المشتري **قوله** وان هلك احد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله به (١)

وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة ر ح الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف ر ح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد ر ح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولا يبيوسف ر ح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولا يبيح ح ر ح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بقوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الاعلى اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالخزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة الثائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا يخرج بعض المشائخ ر ح ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ر ح ما بيناه في القائم واذا حلفوا لم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما وبأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف ر ح

اذا هلك احدهما بعد القبض وفي الجامع الصغير التمرتا شيء فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا في موتها وموت احدهما في الزيادة لوجود الانكار من الجانبين *

قوله وفي الجامع الصغير القول قول المشتري اي فيهما مع يمينه وانما اعدنا ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظ الجامع الصغير يقتضي ان يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك لم يتحالفوا **قوله** ان يرضى البائع (١)

والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بيعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك

ان يترك حصة الهالك اصلا اي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ويجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يكن الاعلى القائم فيتحالفان هذا تخرج بعض المشائخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف وقالوا اي قال هؤلاء ان المراد بقوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له اي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقرب به المشتري ولا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف وقال الامام الكسالي رحمه الله يأخذ البائع في حصة الهالك من المشتري ما يقربه المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري وقال مشائخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري معناه ان البائع يأخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا كصلحهما على عبد آخر وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عندابي حنيفة رضي الله عنه ويكون القول قول المشتري مع اليمين الا ان يأخذ البائع الحي صلحا ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري *

قوله والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع قال بعضهم يقسم الثمن على قيمة العبدین فما يخص الحي الف مثلا على زعم البائع وخمسائة على زعم المشتري يحلف المشتري بالله ما اشتريته بالف ويحلف البائع بالله ما بيعته بخمسمائة كما يدعيه المشتري واذا حلفا يفسخ العقد في الحي ثم يحلف المشتري على حصة الهالك فان نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما اقربه دون الزيادة والصحيح انهما يتحالفان (على)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البيعة تقبل بينته وان اقاماها فبيعة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيع الاصل اشترى عبيدين وقبضهما ثم ردا احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط منه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر

على جملة الثمن لان من اشترى شيئين بالفى درهم يصدق في يمينه انه ما اشترى احدهما بالفى وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول *

قوله ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وذكر في النهاية فان قيل لماذا يعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام الثمن وعلى قياس مسائل الزيادات كان ينبغي ان يعتبر قيمتهما يوم العقد كما قال محمد رحمه الله يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدین ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل اورده على كل تحرير فلم يهند احد الى جوابه ثم قال والذي يحائل لي بعد طول التجشم ان في ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمة يوم العقد فيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعد اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رحمه الله حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب (١)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

وان اقاما البينة فبينه البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهراً لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقلين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة (فلهذا كان القول قوله) وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدعى ظاهراً فلهذا تقبل بينته ايضا ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف ر **قال** ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايل اثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص

اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض في بعض الفوائد ثم في الكتاب اعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض لانه بيع بلا ثمن او ثمن مجهول والبيع الفاسد كالغصب من حيث ان كل واحد منهما مضمون بالقيمة * **قوله** وان اقاما البينة فبينه البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهراً لاثباته الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثبات الزيادة قلنا الذي وقع الاختلاف فيه تصدأ قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمناً للاختلاف في قيمة الهالك وبينه البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصدا فكانت احق بالاعتبار والفقه فيه ان في البينات يعتبر الظاهر لان الشهود لا يقفون إلا على الظاهر فاعتبر ذلك في حقهم والبائع يدعي ظاهراً فلهذا يقبل بينته ثم صارت بينته اولى لان بينته تثبت زيادة في ذمة المشتري وفي الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقلين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر على الحقيقة والبائع منكر حقيقة فكان القول قوله مع يمينه **قوله** وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله اي هذا هو الفقه في ان جعل ابو يوسف ر ح القول قول البائع في قيمة الهالك والبينة بينته ايضا فيما اذا اختلفا في قيمة الهالك بعد التحالف عنده * (قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافق على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري * **قال** ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عندا يحنيفة وابيوسف رح خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا **قال** ومن اسلم عشرة دراهم في كرحطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقص

قوله لانه ورد في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق التحالف فلا يكون النص الوارد في البيع المطلق واردا فيه وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة **قوله** ولهذا نقيس الاجارة ايضا لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة والقيمة على العين فيما اذا استهلك المشتري استهلك على البناء للمفعول وههنا عبارة اخرى وهي فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري قيل هكذا كانت على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف رح وفي المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي فائمة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه **قوله** لانه يرى النص معلولا بعد القبض اي قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراذا معلول لوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لان كل واحد منهما يدعي عقد اينكره صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالعين فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الانكار منهما جميعا وهذا المعنى لا يتفاوت بين ان يكون المبيع في يد البائع ثم وقع الاختلاف او في يد المشتري ثم وقع الاختلاف ولما كان النص عنده معلولا تعدى حكمه من البيع الى الاقالة وان كان بعد قبض البائع بعد الاقالة (قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فردة بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما *

قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالعين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نورد عوايه بالحجة فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة

قوله لانه اسقاط فلا يعود السلم لان المعقود عليه في السلم قد سقط بالاقالة والتحالف شرع للفسخ وفسخ الاقالة في السلم لا يتصور لا استحالة عود المعقود عليه الى ذمة المسلم اليه ولو انفسخ الاقالة كان حكمها عود المسلم فيه بعد السقوط والساقط لا يعود ولو تصور لا يعود برأس المال لانه دين فاما المعقود عليه بعد الاقالة في البيع باق لانه عين فيكون التحالف مفيدا لحكمه وهو الفسخ الا ترى ان رأس المال لو كان عرضا بان اسلم ثوبا في كرحنظة وردة بالعيب بعد قبضه والمراد من الرد هنا اختيار الرد ورد البيع بالتراضي او حكم القاضي يعني اختيار الرد الى رب السلم وهلك الثوب قبل التسليم لم يعد السلم لما ان المعقود عليه قد سقط وبمثله لو اشترى عرضا وردة بالعيب ولم يسلم الى البائع حتى هلك في يده عاد البيع وفي الفوائد فرق بينهما بوجه آخر وهو ان الاقالة في باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه لانه لا يمكن ان يعتبر بيعا جديدا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما في بيع العين اذا تقايلا قبل قبض المبيع والتمن مدفوع الى البائع ثم اختلفا في مقدار الثمن لا يتحالفان ويكون القول قول البائع مع يمينه لان الاقالة في هذه الحالة فسخ من كل وجه والتحالف عرفت شرعيته في العقود دون الفسوخ والاقالة في بيع العين بعد القبض اعتبرت فسخا فيما بين المتعاقدين واعتبرت بيعا جديدا في حق التحالف وكذا في باب السلم لو حصلت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائم امكن اعتبارها بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فيتحالفان ايضا فان قيل الاقالة بعد قبض المبيع في بيع العين انما اعتبرت بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فاما في حقهما وما كان من حقهما اعتبرت فسخا (الا)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته * وان لم تكن لهما بينة بحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اصراف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اصراف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولاً ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا تقدم في الوجوه كلها ويدأيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح

الا ترى ان هذا القبض لما كان من حقهما اعتبر الاقالة في حق القبض فسحا فيما بينهما حتى ان البائع لو باع المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جاز ولو باع من غيره لم يجز والتحالف حقهما بدليل انهما لو تركا ترك واذا كان فسحا في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا ان التحالف عرفت شرعيته في العقود لا في الفسوخ الا ترى ان الفسخ لو حصل بخيار الرؤية او بخيار الشرط او بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض والتمس منقود ثم اختلفا في مقداره لم يتحالفا قيل له الاقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب بالبيع لا تما منه والتحالف وان كان حقهما فليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه فيعتبر بيعا جديدا في حقه كما في حق الثالث ولا تعتبر فسحا كما في الاجل فان من له على آخر دين مؤجل فاشترى به عبدا ثم تقابلا العقد لا يعود الاجل لانه ليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه تعذرا عبارة بيعاني حق الثالث لانقضاء الرضاء وكذا اذا كان الرد بالعيب بقضاء *

قوله معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته اما اذا كان مهر مثلها ما ادعته او اكثر مما ادعته فبينه الزوج اولى لان بينه الزوج تثبت الحط وبينه المرأة لا تثبت شيئا لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل **قوله** ولكن يحكم مهر المثل استدراك عن قوله ولا يفسخ النكاح **قوله** ولهذا تقدم (ان)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي رح بخلافه وقد استقصينا في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيدة ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة * وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه بحالفا وترا دأ

ان التحالف في الوجوه كلها اي فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند ابي الحسن الكرخي رح لانهما اتفقا على اصل التسمية فكانت التسمية صحيحة في اصلها والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلف تعذر العمل بالتسمية فصارت التسمية كان لم تكن فيحكم مهر المثل وهذا قول ابي الحسن الكرخي رح *

قوله تعجيلا لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمين عليه **قوله** وتخريج الرازي بخلافه فانه لا يقول بالتحالف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحد هما بان يكون اكثر مما اقربه الزوج واقل مما ادعته المرأة وما اذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج او اقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقول المرأة او اكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه فان قيل يشكل على هذا المتبايعان فانهما اذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع مثل ما يدعيه احدهما لا يعتبر قوله وان كان الظاهر شاهدا له قلنا القضاء هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها هنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما **قوله** وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فعنده القول قول الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده ولا يحكم مهر المثل لان المرأة تدعي الزيادة والزواج ينكر (فكان)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

معناه اختلاف في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر
والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلاهما قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف
في الاجرة يبدأ يمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة * وان وقع في المنفعة يبدأ
يمين المودع فاليهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المودع
اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر اولى وان كان فيهما
قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا اشهر بعشرة والمستأجر
شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة **قال** وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول
قول المستأجر وهذا عندنا بخصيصة وابي يوسف رح ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم
مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تقوم بنفسها بل
بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع بيمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا
بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي فكان القول في الماضي قول
المستأجر لان العقد ينقذ ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها
بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل *

فكان القول قول المكرهما في سائر الدعاوي وانما عرفنا التحالف منهما في البيع وفي مبادلة المال
بالمال نصا بخلاف القياس فلا يتعدى الى غيرهما فكان القول قول الزوج مع بيمينه الا ان يأتي
بشيء قليل يسير مستنكر جدا وفي تفسير ذلك روايتان عن ابي يوسف على ما مر في النكاح *

قوله معناه اختلاف في البدل اي في الاجرة او في المبدل اي في المعقود عليه وهو المنافع
بان ادعى المودع اجرة شهر او ادعى المستأجر اجرة شهرين **قوله** على ما مر
اشارة الى ما قال في اول هذا الباب لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر الى آخره
قوله وتبين انه لا عقد فمحظوران لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا (١)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عندا يحنيفة رة وقال يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل التفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولا يبي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلفا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان * واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهده * وما يصلح للنساء كالوقاية فهو للمرأة لشهادة الظاهر لهما وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وانه انفع للاجير ولانه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شيء للاجير *

قوله وهو سالم للعبد اي البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد لا تفاق المولى والمكاتب على ثبوت الكتابة فلا يدعي على المولى شيئا فلا يكون المولى منكر او انما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا يكون مقابلا فلا يتحالفان لانه لا يكون بلا انكار فكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق وان اقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة بينته الا انه اذا ادعى مقدار ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا المقدار فوجب قبول بينته على ذلك بمنزلة مالوكا تبه على الف درهم على انه متى ادعى خمسمائة عتق وهذا لانه لا يبعد ان يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو ادعى بدل الكتابة بمال مستحق يعتق وبذل الكتابة عليه بحاله **قوله** فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان (و)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفقرة * فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحى دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر الطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل اولورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث *

والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل اى القول فيها قول الزوج مع اليمن الا اذا كانت المرأة يبيع ثياب الرجال وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلي فهو للمرأة اى القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان الرجل صانعا او يبيع ثياب النساء وما يصلح لهما كالفرش والامتعة والاواني والرفيق والمنزل والعنار والمواشي والنقود فالقول للزوج فيه ايضا لان المرأة وما في يدها في يد الزوج فكان الاموال كلها في يد الزوج *

قوله لانه يعارضه ظاهر اقوى منه وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسها والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى **قوله** وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها اى من المشكل **قوله** ثم في الباقي اى فيما يصلح للرجل وفيما وراء ما يجهز به مثلها لا معارض لظاهر الزوج فيعتبر لقوة يده على يدها لانه قوام عليها والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح حمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل اولورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله وهو قوله لان المرأة وما في يدها في يد الزوج اى آخره والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث فالحاصل انه لا خلاف فيما يصلح للرجال انه للرجل في الطلاق ولو ارثه (بعد)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحرفي حالة الحيوة لان يد الحراقوى وللحي بعد الممات
لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالوا العبد الماذون له
في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما ايدام معتبرة في الخصومات *

بعد موته وكذا ما يصلح لها واما فيما يصلح لهما الا خلاف بين ابي حنيفة ومحمد رح انه للزوج
في الطلاق وبعد موت الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله للمرأة وعند محمد رح لوارث الزوج
وعند ابي يوسف رحمه الله من المشكل ما يجهز به مثلها للمرأة والباقي للزوج في حيوته
وبعد وفاته لو ارثه وكذا بعد وفاتها ما يجهز به مثلها من المشكل لو ارثها وفي هذه المسئلة سبعة اقوال
اما اقوال علمائنا الثلاثة فما ذكر وقال ابن ابي ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج
ان كان حيا ولو ارثته ان كان ميتا وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجال الا ما على
المرأة من ثيابها وقال زفر رحمه الله المتاع كله نصفان بينهما اذ لم تقم لواحد منهما بينة
وهو قول مالك واحد قولي الشافعي رح وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول
الحسن البصري رحمه الله ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج
من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع له *

قوله وان كان احدهما مملوكا اي سواء كان محجورا او ماذونا فالمتاع للحرفي حال الحيوة
عند ابي حنيفة رح لان يد الحراقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وللحي
بعد الممات حرا كان او عبدا لانه لا يد للميت فيثبت يد الحي بلا معارض هكذا وقع في عامة
نسخ الجامع الصغير وذكر شمس الاثمة رح في جامع الصغير ووقع في بعض النسخ للحي منهما
وهو سهو وفي رواية محمد رح والزعفراني للحر منهما بالراء وقالوا المكاتب والماذون كالحر
لان لهما ايدام معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما يقضى
به بينهما لا استوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضى به للحر لانه لا يد له وفي المحجور
جوابهما كجواب ابي حنيفة رحمه الله في مطلق المملوك والله اعلم *

(فصل)

(كتاب الدعوى ... باب التحالف ... فصل فيمن لا يكون خصما)

* فصل فيمن لا يكون خصما *

واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اود عنيه فلان الغائب اورهنه عندي او فصبته منه واقام بينه على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيان نبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت وهو كالتوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهريه فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجج كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله *

* فصل فيمن لا يكون خصما *

قوله اود عنيه وكذا اذا قال اعارني او وكلني بحفظها او آجرني وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغير لعدم الخصم وهو ليس بخصم في اثباته لانه لا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بغير رضاه ثم خروجه من الخصومة في ضمن اثبات الملك لغيره واذا لم يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحاباة تثبت في ضمن البيع فيبطلان البيع تبطل الوصية وقال ابن ابي ليلى يخرج من خصومته بمجرد قوله بغير بينة لانه لا تهمة في ما يقربه على نفسه فيثبت ما اقربه بمجرد اقراره وتبين ان يده يد حفظ **قوله** كما بينا من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة **قوله** كما اذا ادعى تحويل الدين اي الحوالة فصار كما اذا اقام البينة انه احال بالدين على آخر كذا في شرح الاقطع (و)

(كتاب الدعوى ... باب التحالف ... فصل فيمن لا يكون خصما)

ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تدفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين ليتمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح اللوجه الثاني وعند ابي حنيفة رح تدفع لانه اثبت بينته ان العين وصل اليه من جهة غير حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده دون المدعي عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة * وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يذهبه يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تدفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل * وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعني فلان واقام البينة لم تدفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو استحسان وقال محمد رح تدفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده

وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل معروفا بالحيل لا تدفع عنه الخصومة * **قوله** وقال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اي لا نعرفه اصلا بوجهه ولا باسمه ونسبه ولو قالوا نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه لا تدفع الخصومة عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة رحمه الله تدفع وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى فان الخمسة من العلماء فيها قولان كما ذكرنا وهي خمس مسائل وهي ما اذا قال هذا الشيء لفلان الغائب عندي وديعة او عارية او اجارة او رهنا او مضيا **قوله** لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه وهو الغصب لا بيده الا ترى ان دعوى الغصب كما يصح على ذي اليد يصح على غير ذي اليد حتى ان من (ادعي)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

الا انه لم يعينه درءً للحد شفقة عليه واقامة لحسبة السترفصار كما اذا قال سرفت بخلاف
 الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه * وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب
 اليد اودعني فيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما لما توافقا على ان اصل الملك فيه
 لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة
 ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت بينته كونه احق بامساكها والله اعلم *

* باب ما يدعيه الرجلان *

قال * واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي
 بهما بينهما وقال الشافعي رح في قول تها تروا وفي قول يقرع بينهما لان احدي البينتين
 كاذبة ييقن لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة

ادعى على آخرانه غصب عبدة وليس في يده عبد صحت دعوته ويلزمه القيمة *
قوله الا انه لم يعينه درءً للحد لانا اذا جعلناه سارقا لا تدفع الخصومة عنه ويقضي القاضي
 بالعين للمدعي فمتى ظهر السارق بعد ذلك لا ييقن لا يقطع يده لانه ظهرت سرقة بعد وصول
 المسروق الى المالك ولولم يجعله سارقا تدفع الخصومة عنه ولا يقضي بالعين للمدعي
 فمتى ظهر السارق بعد ذلك ييقن يقطع يده لانه ظهرت سرقة قبل ان يصل العين الى المالك
 فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان والله اعلم *

* باب ما يدعيه الرجلان *

قوله اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بهما بينهما انما
 وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في نكاح امرأة واقام كل واحد منهما بينة
 انها امراته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت
 بين الخارج وصاحب اليد واقاما بينة فبينه الخارج اولى وفي احد قولي الشافعي رح (تها)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

وقد تعذر التمييز فيتها تران اوبصار الى القرعة لان النبي صم اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم ابن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بهما بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احد هما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقام بيته لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك

تها تترت البيتان ويكون المدعى لذى اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر يرجح بيته ذى اليد فيقضى به لذى اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجي ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله تها تترت البيتان تركا اي تساقطت وبطلت مأخوذ من الهתר بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه كذا في المغرب وقال مالك رحمه الله يقضي باعدل البينتين وعند الاوزاعي رحمه الله يقضي باكثرهما عددا في الشهود *

قوله وقد تعذر التمييز فيتها تران كما لو شهد شاهدان انه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخر انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن اولى واستدل بملك النكاح لوتنازع اثنان في امرأة واقام كل واحد منهما البينة انها امرأته لم يقض القاضي لواحد منهما **قوله** اوبصار الى القرعة استدلال بحديث سعيد بن المسيب ان الرجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله عليه السلام واقام كل واحد منهما البينة انها امته فاقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بهما لمن خرجت قرعته **قوله** وحديث القرعة كان في الابتداء اي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمته القمار لان (تعيين)

قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان افترت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الاخر البينة قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صرح

تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكذا ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا ايضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطيبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار بان يعتمد احدهما سبب الملك كالشراء وما اشبهه والاخر لا يدفح الشهادتان فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة اذ لاعلم للعباد بحقائق الامور وانما يعتمد ظاهر الحال فاذا صحت الشهادتان وامكن العمل بهما لان المحل يقبل الاشتراك فقضى لكل واحد منهما بالنصف وصار هذا على مثال العلل الشرعية نحو ان باع فضولي مال انسان وباع فضولي آخر من آخر واجاز المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف كذلك ههنا بخلاف ملك النكاح فانه لا يتحمل الاشتراك وقوله ان القاضي يبين بكذب احدهما ضعيف فكل واحد منهما اعتمد شيئا اطلق له اداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسئله مكة والكوفة على العادات الغالبة التي يبتني عليها الاحكام *

قوله ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما حكى من ركن الاسلام علي السغدري رحمه الله انه قال لا يترجم احدي البينتين الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونهما في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الآخر البينة ان نكاحه اسبق كذا في الخلاصة *

(قوله)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذ كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهرا لا يقبل بينة الخارج الاعلى وجه السبق *

قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضولين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيردده وياخذ كل الثمن وان قضى القاضي به بينهما فقال حدهما لا اختار لم يكن لاحدهما ان ياخذ جميعه

قوله فلا ينقض بما هو مثله في الظنيات فانه لا يرفع المثل بالمثل كالقياس فانه لا يرفع القياس بل هو دونه لاتصال القضاء بالاول دون الثاني **قوله** معناه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو ما ان ادعى الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب **قوله** فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن فان قيل قد يتقن القاضي بكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من رجلين كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البيتان قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور البيعان في وقتين من واحد لعين واحدة فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق له الشهادة فيجب العمل به بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيل المالك فيضاف فقد الوكيل الى الموكل مجازا بان وكل رجلين بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل فانه يجوز ومقد الوكيل كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد *

(قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيرة تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيرة الاول تسليمه بعد القضاء * ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو الاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا يمتاز فيه احد فاندفع الآخريه * ولو وقتت احد بهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت اثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخرا ان يكون قبله او بعده فلا يقضي له بالشك * وان لم يذكر تاريخا ومع احدهما قبض فهو أولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولا نهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخروقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب البدلان الصريح يفوق الدلالة *

قوله لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ البيع فيه فان قيل الفسخ انما يكون ان لو كان البيع موجودا قلنا البيع ان كان موجودا فظاهر وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ وهذا لان استحقاق كل واحد منهما للكل ثابت نظرا الى بينته وانما لا يظهر في النصف بوجود بينة صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائما فيفسخ نظرا الى الدليل **قوله** ومعناه انه في يده اي العبد في يده معاينة في الحال وذكر في الذخيرة ثبوت البدل احد المدعين بالمعاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على القبض المشهود به وهو في الحال في يد البائع وجاز ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا **قوله** لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه لان القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وقبضه اقترن بعقد الآخر لان كل واحد منهما حادث فحكم بوقوعهما معا فيتقدم مقدما صاحب القبض ضرورة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وذكر البخاري انه يرجع الى النكتة الآخرة وهي قوله استويا في الاثبات لانه كما احتمل سبق التاريخ (على)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

قال وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولي لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لا ستوائيهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح لمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض

على شراء ذي اليد احتمل سبق اليد على شراء المورخ فلا ينقض اليد الثابتة بالشك *
قوله وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد احترازه من ان يكون من اثنين فانهما سواء فيه ولا اولوية للشري على الهبة ح على ما يجيء بعد هذا في قوله ولو ادعى احدهم الشري من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره الى ان قال قضى بينهم ارباعا والفرق هو انهما اذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة في اثبات سبب الملك عليه وفي اثبات سبب الملك لنفسهما الشري اقوى من الهبة لانه عقد ضمان موجب للملك في العوضين والهبة تبرع ولان سبق ثبوت الملك بالشري على ثبوت الملك في الهبة انما يتصور فيما اذا كان الملك واحدا لما ان الشري موجب للملك بنفسه والهبة لا توجب الملك الا بعد القبض فكان ملك مدعى الشراء يسابقا فكان هو اولي اما اذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما وينتصب كل واحد منهما خصما عن ملكه في اثبات الملك له او لاثم لنفسه والحجتان في اثبات الملك لهما سواء فيقضى به بينهما لذا كذا في المبسوط **قوله** ولا ترجيح باللزوم لو ادعى احدهما الهبة والقبض والاخر الصدقة والقبض واقاما بينة قضى بينهما نصفين لا ستوائيهما في التبرع والافتقار الى القبض ولا يترجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ابطال حق الرجوع وذلك (حكم)

لان الشيوخ طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع *

قال فاذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء

حكم يظهر في ثانی الحال والترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المال ولان امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها ايضا *

قوله لان الشيوخ طارئ لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه وهذه المزاحمة بعد القبض فكان الشيوخ طارئاً وفي المبسوط ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة وادام البينة فان وقتت احدي البينتين ولم يوقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما اثبت سبب ملك حادث وانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخاً سابقاً بالتوقيت فيقضى بهاله وان كان في يده لم يوقت شهوده قضيت بهاله لان قبضه دليل سبق حقه وهو دليل معين والتوقيت في حق الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فحينئذ يكون هو اولى لا ثباته الملك في وقت لا ينازعه الآخرون لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معين لاحد ففيما لا يتقسم يقضى به بينهما نصفين لا ستوائهما في سبب الاستحقاق وفي ما يحتمل القسمة كالدائر ونحوها يبطل البينتان جميعاً اذا لم يكن فيهما ما يترجح احدهما من قبض او تاريخ لاننا لو علمنا بها قضينا لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوخ بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح ان المذكور في الكتاب قولهم جميعاً لاننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقد ينال يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوخ في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها * (قوله)

لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف رخ
وقال محمد رخ الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم
الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه وان
ادعى أحدهما رهنًا وقبضًا والآخر هبة وقبضًا واقامة بينة فالرهن أولى وهذا استحسان
وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبت وجه الاستحسان ان المقبوض
بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة
بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة
ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان
اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه اثبت
انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه *

قوله لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه فان قيل الشراء
مبادلة المال بالمال ويوجب الضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بمال ليس بمال غير
موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء اقوى قلنا النكاح اقوى لان الملك في الصداق
يثبت بنفس العقد متأكد حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري
وتجاوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري وفيما قال محمد رخ ثبات
تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت الا بحجة ولا يكون عملاً بالبينتين
ايضالاً المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما
اذا تأخر الشراء وهما سواء في حق ملك العين **قوله** وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت
الملك اي لان الهبة تثبت ملك العين والرهن لا يثبت فكانت البينة المقتبة ملك العين
اكثر اثباتاً فكان أولى **قوله** وعقد الضمان أولى وهذا لانه يثبت البدلين المرهون
والدين والهبة لا تثبت الا بدلاً واحداً فكانت اكثر اثباتاً فصارت كالشراء مع الهبة * (قوله)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

قال ولو ادعى الشري من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول
اولى لما بينا انه اثبت في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من
آخر وذكر تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد
منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقت احدى البنتين وقتا ولم توفت الاخرى قضى بينهما
نصفين لان توقيت احد هما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا
كان البائع واحد الا انهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
بحكم به حتى تبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض
من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم
يتلقون الملك من بايعهم فيجعل كأنهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق **قال** وان اقام
الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو رواية عن محمد رح وعنده انه لا تقبل بينة ذي اليد رجوع اليه

قوله وان ادعى الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد كأنه قيد لقوله معناه من غير
صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال اولو ولو ادعى اثنان كل منهما انه اشترى منه هذا
العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكروا من جملتها هذا الحكم المذكور هنا
فثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعى الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم
قوله وذكر تاريخا اي سواء كان تاريخهما واحدا او كان احدهما سبق تاريخا فهما سواء لانهما
يثبتان الملك لبايعهما ولا تاريخ ملك البائعين فيصير كأنهما حضرا واقاما البينة على الملك
بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعى الشراء من
واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا
اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك
الا اذا ادعى التلقي منه والاخر لا يدعى التلقي منه **قوله** ثم يخير كل واحد منهما كما (ذكر)

لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت ثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احد لهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى

ذكر من قبل وهو قوله وكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك **قوله** لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك احتريزه عما اذا قامت البينتان على شراء مورخ واحد لهما سبق تاريخا من الاخرى فالسبق اولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فما ذكر في الهداية يشير الى انه لا عبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على ان سبق التاريخين اولى في ذلك فقد ذكر فيه ولو ادعى الملك بالشرى كل واحد منهما من رجل او من واحد وارخا واحدا سبق تاريخا كان صاحب سبق التاريخين اولى **قوله** متضمنة معنى الدفع وهذا لان الملك اذا ثبت في وقت لشخص ثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي منه فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة كبينة المرأة والعبد والامة بالطلاق والعناق على الوكيل بنقلهم لقصريد الوكيل عنهم ولان يد ذي اليد دلت على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما وجب قبول بينته على النتائج لانه انما وجب قبول بينته على النتائج لكون تاريخه سبق فكذا هنا **قوله** وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما فعندهما الدار لصاحب الوقت الا قدم وعند محمد يبطل التقدم ويكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج وذو اليد ففيماني بده ذواليد وفيما في يد صاحبه خارج فيأخذ كل واحد منهما ما في يد صاحبه **قوله** والمعنى ما بينا وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين (قوله)

لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولا يبي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت ييقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعى الشراء ولا يبي حنيفة رح التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصارك كما اذا قام البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ *

قوله لانه اقدم لانه اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت تعيينا ومن لم يوقت يثبت للحال وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه **قوله** وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما يعني اذا ادعى الشراء من بائع واحد وارخ احدهما دون الآخر يحصى به للدورخ واما اذا ادعى الشراء من بائعين فوقت احدهما دون الآخر قضى بينهما نصفين **قوله** ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع اي دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لو وقع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنها معنى الدفع فلا تقبل مع الشك والاحتمال **قوله** ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى **قوله** بدليل استحقاق الزوائد اي الزوائد المنصلة والمنفصلة كالاولاد والاكساب **قوله** يضامه احتمال عدم التقدم اي يزاحمه وهذا لان الذي لم يورخ كما احتمل ان يكون متأخرا عنه احتمال ان يكون سابقا على تاريخ صاحبه اولان التاريخ ان كان يقتضى السبق لفظا (من)

قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتائج فصاحب اليد
اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد واستوى وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له

من حيث اقتصار دلالة لفظ الدعوى على الحال فعدم التاريخ له دلالة السبق بحسب
المعنى كما قال محمد رحمه الله واذا وقع التعارض بين الاحتمالين سقط اعتبار التاريخ وصار
كما لو اقاما البينة على الملك المطلق اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخفى اما ان يدعيهما ملكا مطلقا
او شرا او ارثا وكل قسم ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او في يدهما او في يد احدهما
وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لا يورخا او ارخا تاريخا واحدا او ارخا وتاريخا احدهما
اسبق او ارخا احدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا وقد عرف ذلك في موضعه *

قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتائج فصاحب اليد اولى
سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان
وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا
من بينة ذي البدل لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق اولوية الملك بالنتائج يثبت استحقاق
الملك الثابت لذى اليد بظاهريده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج
بوجه ما وكانت بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق وجه الاستحسان
مارواه ابو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه ان رجلا
ادعى ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقة نتجها دابته واقام ذو اليد البينة انها ناقة نتجها دابته فقضى
الرسول عليه السلام للمذي هي في يديه ولان يد ذي البدل تدل على اولية الملك فهو يثبت ببينته
ما ليس بثابت بظاهريده فوجب قبول بينته ثم ترجح بيده بخلاف الملك المطلق لان هناك
لا يثبت ببينته الا ما هو ثابت بظاهريده ثم انما قلنا ان ذا البدل لو اقام بينة على دعوى النتائج
بعد ما قضى للخارج يقبل بينته لان الخارج ببينته لم يستحق على ذي البدل شيئا فلم يصرد ذو اليد
مقضيا عليه فيسمع بينته كما يسمع بينة اجنبي آخر وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج (با)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رح انه تنهاتر البيئات ويترك في يده
لا على طريق القضاء *

باقامة البينة وقضي له ثم اقام صاحب اليد بينة انه لا يسمع بيته لان الخارج بيته استحق
على ذي اليد الملك الثابت له لظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بيته بعد ذلك
واما قوله ان بيته الخارج اكثر استحقاقا فلنا نعم كذلك الا ان في بيته ذي اليد سبق التاريخ
لانهما ثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان اولى الا ترى
انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضي لذي اليد وان كان في
بيته الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد قال شيخ الاسلام رحمه الله الحاصل ان بيته
ذو اليد انما ترجح على بيته الخارج على النتاج اذا ادعى الخارج الملك المطلق اذا
لم يدع الخارج فعلا على ذي اليد نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن او ما شبه
ذلك واما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبيته الخارج اولى *

قوله وهذا هو الصحيح وجه الصحة هو ان محمدا رحمه الله ذكر في خارجين اقام كل
واحد منهما البينة على النتاج انه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك
في يد ذي اليد وكذلك قال ولو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسوا قطها في يد الآخر
واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضي بها والسوا قاطم في يده اصل الشاة
ولو كان الطريق تنهاتر البيتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده **قوله** خلافا لما
يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تنهاتر البيتان ويترك في يده لا على طريق القضاء
وجه قوله ان القاضي يقن بكذب احدهما اذا لا تصور لتاج دابة من دابتين قلت لا معنى
لذلك لان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل بروية الفصيل يتبع
الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار
الى التنهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا يتنهاتر البيتان مع ان (العين)

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على التناج عنده فهو بمنزلة اقامتها على التناج في بدنه ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على التناج فصاحب التناج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولى الملك فلا يثبت الملك للاخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة التناج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالتناج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على التناج يقضي له الا ان يعيد هاذو اليد لان الثالث لم يصرمقضا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على التناج تقبل وينقض القضاء به العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكما له ولكن لما وجد القاضي بشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الاخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا هنا وثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن ابيان يحلف ذواليد للخارج لان البينتين لما تها ترقا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضي لذي اليد قضاء ترك بعدما حلف للخارج وعندنا لا يحلف *

قوله ولو تلقى كل واحد منهما اي كل واحد من الخارج وذو اليد والضمير في عنده يرجع الى رجل ولذلك لو اقام البينة على ورائه او وصية او هبة مقبوضة من رجل ولد في ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه او من موصيه فيكون خصما عنه في اثبات نتاجه **قوله** لان الثالث لم يصرمقضا عليه بتلك القضية لان التملك بالتناج لا يكون استحقاقا على احد لانه تبين انه من الابتداء كان ملكا له وهو لا ينكر فلما لم يصرمقضا عليه في تلك الحادثة يسمع بينته **قوله** وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على التناج تقبل صورته ما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فنقض القاضي بها له ثم اقام ذواليد البينة على التناج يقضي بها له وينقض القضاء الاول وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجه الاستحسان ان من يقيم (البينة)

قلى

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

لانه بمنزلة النص وكذلك النسخ في الثبات الني لا تنسخ الامرة كفضل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعى وجزا الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخبز البينة على النتاج يثبت اولية الملك لنفسه وان هذه العين حادثة على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصرد واليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضي اخطأ في قضائه وان اولية الملك لذى اليد فلهذا ينتقض قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى فينبغي ان لا ينتقض قضاء القاضي لمصادفة موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه من اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاد بينة الخارج عليها. هذه البينة ما كانت قائمة عند قضائه فلم يكن قضاؤه من اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذى اليد فاذا اقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول *

قوله لانه بمنزلة النص اي اقامة البينة على النتاج بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد وهذا لانه ظهر انه قضي للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذى اليد انها نتجت عنده والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطل فينتقض قضاؤه كما لو ظهر بخلافه **قوله** والمرعى اذا شدت الزاء قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعى ابفتح الميم مخففا وهي كالصوف تحت شعرا المعز الخراسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خرا قيل هو ينسج فاذا بللى يغزل مرة اخرى ثم ينسج **قوله** وجزا الصوف بان اختلفا في الصوف واقام كل واحد منهما البينة انه صوفه جزء من غنمه فانه بقضى به لذى اليد لان الجز لا يكون الامرة واحدة فكان في معنى النتاج فان قيل كيف يكون الجز في معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما تناز ما فيه مال مقصود **قوله** وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق والمعنى فيه ان الثوب (الذى)

والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء بينته هو الاصل والعدول عنه بخبر الناج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل **قال** وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى لان الاول وان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنا في فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تها تارت البينتان ويترك الدار في يد ذي اليد قال رضى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رضى وعلى قول محمد رضى يقضى بالبنتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الذي ينسج مرة بعد مرة بجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الامرة اذا صار لذي اليد ينسجه لا يتصور ان يصير للخارج نسجه فكان في معنى دعوى الناج *

قوله والبناء والغرس وزراعة الحنطة ما في البناء بان اقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لان البناء يكون مرة بعد مرة فلم يكن في معنى الناج وفي الغرس يقضى به للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فقد يغرس الثالثة انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى الناج وكذلك اذا كانت الدعوى في الحنطة بان اقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها في ارضه قضى بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منهما ثم يزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى الناج **قوله** فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة اي اذا كان الثوب او نحوه لا يستبين انه ينسج مرة او مرتين سأل القاضي اهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم وبينى الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون **قوله** والعدول عنه بخبر الناج وهو ما روي ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجتها واقام ذو اليد (البينة)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على اقرارين وفيه التها تر بالا جماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق فينبغي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيد ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد ر ح للموجب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها تر بالا جماع لان الجمع غير ممكن عند محمد ر ح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول *

البينة انها ناطقة نتجتها فتضى رسول الله عليه السلام للذي هي في يده *

قوله لان القبض دلالة السبق على ما مر اشارة الى قوله وان لم يذكر تاريخا ومع احدهما قبض فهو أولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه **قوله** ولا يعكس الامر اي ولا يجعل كان الخارج اشترى ذلك العين من ذى اليد ولا ثم باعه من ذى اليد لان في ذلك يلزم البيع قبل القبض ولا يثبت القبض حتى يصح لان اذا زيادة على ما قامت به البينة فلا يجوز **قوله** فصار كأنهما قامتا على اقرارين لان كل واحد منهما اثبت الشراء من صاحبه والاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع وكل بائع مقر بثبوت الملك للمشتري فكان هذا بمنزلة ما لو اقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك ولو كان كذلك تها تر الاقراران لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلان ما لا يعرف سبق احدهما جعل كأنهما وقعا معا وفيه التها تر بالا جماع كذا ههنا **قوله** ولان السبب يراد لحكمه فيه جواب عما قاله محمد ر ح ان العمل بالبينتين ممكن قلنا لا يمكن لانه لا يمكن القضاء ببينة ذى اليد الا بملك مستحق عليه وانه لا يفيد وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين عند امكان ثبوت موجبهما **قوله** ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها تر بالا جماع لان الجمع غير ممكن عند محمد ر ح (با)

وان وقتت البيتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما
 فيجعل كان الخارج اشترى اولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما
 وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا
 يتضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق
 باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر التاريخ
 ولا دلالة التاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقاً بخلاف ما اذا لم يذكر القبض
 حيث يجعل شري صاحب اليد سابقاً وبيعه لاحقاً لدلالة التاريخ عليه وهو القبض اذ لو جعلنا
 بيع الخارج لاحقاً يلزم البيع قبل القبض واما ههنا لما اثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما
 كان بيعهما جائزاً وليس احدهما باولى من الآخر في القبول فتساقط المتعارض فبقي العين
 على يد صاحب اليد كما كان وما ذكر في الهداية تهاتراً بالاجماع يخالف ما ذكر
 في المبسوط وهو ان الشهود اذ لم يشهدوا بالقبض يجعل شري ذي اليد سابقاً وبيعه متأخراً
 فيؤمر بتسليمه الى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شري الخارج سابقاً وبيعه متأخراً
 لان قبضه منتزع عياناً وانقضاء قبضه دليل على سبق عتده وقيام قبض الآخر دليل تأخر
 عتده ولا نالو جعلنا عقد ذي اليد سابقاً كان قبضه فصباً حراماً ولو جعلنا عقده متأخراً كان
 بحق فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقد بين بهذه الصفة واما عند ههنا تهاتر الشهادتان
 في صورتين جميعاً وذكر في الذخيرة فاما اذا شهدوا بالعقد والقبض فانما يجعل القبض
 المعايين آخر القبضين لان الاصل ان القبض اذا ثبت عقيب عقد يحال به على ذلك العقد
 لانه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب فانما يحال به على ما ظهر من السبب لا على
 غيره ولان اي الشرائين قد منافي هذه الصورة يصح العقدان فيقدم شري الخارج حتى
 لا يحتاج الى نقض القبض المعايين بالشك وفي الجامع الكبير مثل ما ذكر في المبسوط
قوله وان وقتت البيتان في العقار قيد بالعقار ليظهر نمرة الخلاف كما ذكر

(قوله)

قوله وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد اي بالاجماع

يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذواليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر **قال** وان اقام احد المدعين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف **قال** واذا كانت دار في يد رجل ادعها اثنان احدهما جميعها والاخر نصفها وانما البيئة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عندا يئخيفت روح اعتبار الطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهم في النصف الاخر فينصف بينهما وقالاهي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصا. ب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاذ ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات *

قوله يقضى للخارج في الوجهين اي سواء شهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا وان اقام احد المدعين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء عند الاوزاعي يقضى لاكثرهما عدد لان القلب الى قول الاكثر اميل وعند مالك رح يقضى لا عدل البيتين لان الشهادة انما صارت حجة بالعدالة والاعدل في كونه حجة اقوى فكان اولى ولنا ان الترجيح لا يقع بكثرة العلة حتى لا يترجح القياس بقياس آخر ولا الحديث بحديث آخر ولا الآية بآية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه اما اذا كانت احدى الآيتين تحتمل التأويل والاخرى لا تحتمل فكان غير المحتمل اولى لانه لما لم تحتمل التأويل كان مفسرا وكونه مفسرا ووصف فيه والمفسر راجع على النص والظاهر وكذلك الشهادات ان اذا تعارضتا واحد منهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الاخر الا ان يكون بعضها صفة للبعض *

قوله فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث **قوله** ولهذه المسئلة نظائر واضداد فمن (نظائرها)

قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى بينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالماً بمساكه ولا قضاء بدون الدعوى واذا كان دعواه منصرفه الى ما في يده فالقضاء له بنصف صاحبه يكون بلاد دعوى فيترك في يده **قال** واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكر اثار بخار سن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح * وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكر اثار بخا

نظائرهما الموصى له بجميع المال ونصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد المولىين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم يبيع بمائة درهم فالقسمة بين المولىين المدين والاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاً واعد هما بطريق المنازعة ارباعاً وكذا المدبر اذا قتل رجلاً خطأ وفقاً غير رجل خطأ وغرم المولى قيمته لها ومما انتقوا على ان القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة ومما انتقوا على ان القسمة فيها بطريق المنازعة فضولي باع عبد رجل بغير امره وباع فضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعاً على ما عرف مع اصولها وفروعها في الزيادات وغيرها *

قوله وان اشكل ذلك كانت بينهما اي اذا كانا خارجين اما اذا كانت الدعوى بين الخارج وذوي اليد في التنازع واقاما البينة ووقت البينتان في الدابة وقتين فان كانت الدابة على وفق بينة المدعي قضيت بهاله لان علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد واما اذا كانت البينة وفق بينة ذي اليد (او كانت)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البيئتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رح لانه ظهر كذب الفريقين
فترك في يد من كانت في يده **قال** واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البيئة
احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لا ستوائهما *

* فصل في التنازع بالايدي *

قال واذا تنازعا في دابة احد همارا كبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان
تصرفه اظهر فانه يختص بالملك * وكذا اذا كان احد همارا كبا في السرج والاخر
رديفه فالراكب في السرج اولى

او كانت مشكلة قضيت بها الذي اليد اما الظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوقيت اذا
كانت مشكلة ولم يذكر فيه ما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين الذين ذكرهما بيئتا الخارج وذى اليد
وذكر في الذخيرة في ذلك عامة المشائخ على انها تهتر البيئتان ويترك الدابة في يد صاحب اليد
قوله وان خالف سن الدابة الوقتين اي في دعوى الخارجين بطلت البيئتان كذا ذكره
الحاكم هكذا ذكر الجواب في الايضاح وذكر في المبسوط من مشائخنا من اجاب بهذا
ثم قال والاصح ما قاله محمد رح وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما
اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما
اذا كانت مشكلة لا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت
لحقهما وفي هذا الموضع في اعتبار ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى
مقصودهما وهما اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفين
قوله فهو بينهما لا ستوائهما لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب والداعلم *

* فصل في التنازع بالايدي *

قوله فالراكب اولى اي في كونه ذا اليد لان الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف
حتى لو اقام الاخر البيئة تقبله *

(قوله)

بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما الاستواء في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير
وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص
احدهما لابس والاخر متعلق بكفه فالابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط
احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود
ليس بيد عليه فاستويا **قال** واذا كان الثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما
نصفان لان الزيادة من جنس الحجّة فلا توجب زيادة في الاستحقاق *

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه نقل انا حرف القول قوله لانه في يد نفسه *
ولو قال انا عبد لثلاث فهو عبد للذي في يده لانه اقربا منه لا يد له حيث اقرب الرق وان كان
لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة
متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون التول قوله لانه ظهر الرق
عليه في حال صغره **قال** واذا كان الحائط لرجل عليه جدوع او متصل بينائه وللآخر عليه
هرادي فهو لصاحب الجدوع والاتصال

قوله بخلاف ما اذا كانا راكبين اي كلاهما راكبين في السرج حيث يكون بينهما الاستواء
قوله لان القعود ليس بيد عليه اذا المراد باليد المتصرفه الناقلة المحولة التي لا ينفك الركوب
والحمل عنها عادة فكان بينهما لا على وجه القضاء لاستوائهما في عدم الحجّة **قوله** وهو
يعبر عن نفسه وفي الذخيرة يعني يتكلم ويعقل ما يقول فاذا كان بهذه المناقبة كان في يد نفسه
لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة الا ان تركناه اذا لم يكن له
اهتداء الى المصالح والمقاصد فهذا الصبي لو اقرب الرق لغيره سقطت عبرة يده على نفسه
فيظهر عليه يد ذي اليد فيكون له فان قيل كيف يصح اقرار الصغير بالرق لغيره وهو من المضار
والاقوال الموجبة للضرر غير معتبرة في حقه ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وهبته وان كان عاقلا
قلنا ثبوته بدعوى ذي اليد لا باقراره فاندفع المعارض وهذا بخلاف ما اذا ادعى ان (١)

(كتاب الدعوى ... باب ما يدعيه الرجلان ... فصل في التنازع بالأيدي)

والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق
فصار كدابة تنازع بينهما ولا حد هما حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلته لبن
جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه
على بعض هذا الحائط وفوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا
وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولا حد هما عليه هرادي
وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لا ستوائهما

الملتقط عبده لم يصدق والرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده
ويد الملتقط على الملتقط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط
امين في الملتقط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم يصح
الدعوى مع الشك ومتى لم يعرف انه لقط فيد ذى اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها ثابتة
حقيقة وحكما لان يده عليه ليست يد غيره فان قبل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق
لان الحرية ثابتة بالاصل لان الناس باسرها احرار في الاصل لانهم اولاد آدم وحواء كانا
حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا
اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على من هذا شأنه دليل
على خلاف الاصل لانها دليل الملك فيبطل به الاصل كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله الهرادي ليست بشيء في المغرب الهردية بضم الهاء وتشديد الياء عن الليث
قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت
هو الحردي ولا تقل هردي **قوله** وقد يسمى اتصال تربيع وذكر في حيطان الذخيرة
وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه
داخله في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخله في المتنازع فيه
وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احد هما مركبة في الاخرى واما
اذا انقب فادخل لا يكون تربيعا ويكون اتصال مجاورة وملازمة **قوله** الهرادي ليست بشيء (بدل)

ولا معتبر بالاكتر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احد هما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعة في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفان لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائطين يبنى لوضع كثير من الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدًا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لانه لم يكن استعماله وضعًا اذا لحائط لا يبنى لهما وانما يبنى للتسقيف والتسقيف لا يمكن على الهرادي والبواري صار معدوما حكما حتى لو تنازعا في حائط ولا جد هما عليه بهرادي ولا شيء للآخر فهو بينهما ولا يختص به صاحب الهرادي *

قوله ولا معتبر بالاكتر منها بعد الثلاثة حتى لو كان لاحد هما عليه عشر خشبات وللآخر ثلث خشبات فهو بينهما نصفان لان لكل واحد منهما حملا مقصودا يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة بعد تمام النصاب اذا تثلث اقل الجمع كما لو تنازعا في دابة ولا جد هما عليها خمسون منا ولا آخر مائة من كانت بينهما نصفين **قوله** وللآخر موضع جذعه وفي الايضاح يريد به حق الوضع لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده اما اذا ثبت ملكه بالبيينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه على جداره **قوله** وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ذكر في كتاب الدعوى والصلح من الاصل ان لكل واحد منهما ما تحت خشبه الى اسفل الارض لان يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة وسبب الاستحقاق انما هو اليد على ذلك الموضع ثم قيل ما بين الخشب بينهما نصفين لان كل واحد منهما مستعمل للحائط الا ان احدهما اكثر استعمالا فصار كما اذا تنازعا في ثوب وعامة في يد احدهما وطرف منه في يد الآخر يقضى بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة * (قوله)

(كتاب الدعوى ... باب ما يدعيه الرجلان ... فصل في التنازع بالأيدي)

لو كان لأحدهما جذوع والآخرا اتصال فالأول أولى ويروى الثاني أولى وجه الأول
أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى ووجه الثاني
أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء ب كله
نم يبقى الآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي صححها الجرجاني *
قال وإذا كانت دار منها في درجل عشرة آيات وفي يد آخريت فالساحة بينهما نصفان
لاستوائهما في استعمالها وهو المروور فيها **قال** وإذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي
كل واحد منهما انها في يده لم يقض اليها في يد واحد منهما حتى يقبض البينة انها في ايديهما
لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته *

قوله ولو كان لأحدهما جذوع والآخرا اتصال يريد به اتصال تربع فالأول اي صاحب الجذوع
أولى ويروى الثاني أولى اي صاحب الاتصال أولى **قوله** نم يبقى الآخر حق وضع جذوعه
لما قلنا اشارة الى ما قال لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فان قيل لما قضى بالحائط
لصاحب الاتصال يبقى ان يؤمر برفع الجذوع لانه حمل له موضوع على ملك الغير
بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة لأحدهما عليها حمل والآخر مخلاة يقضى
لصاحب الحمل ويؤمر الآخر برفع المخلاة فلان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا
في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء لصاحب الحمل امر الآخر برفع المخلاة فاما ههنا
فقد ثبت له حق وضع الجذوع على حائط لغيره بان كان ذلك مشروطا في اصل التسمية فليس
من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف ما لو
اقام احدهما البينة وقضى به له يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق يستحق بها
صاحبها على الآخر برفع جذوعه عن ملكه ثم الصحيح من النسخ ولو كان لأحدهما اتصال
والآخر جذوع فالأول أولى ليكون الدليل موافقا للمدعى وفي بعض النسخ ولو كان لأحدهما
جذوع والآخرا اتصال وذلك ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب وفي الذخيرة (و)

وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقام البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة * وان كان احدهما قد لبس في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها *

وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان صاحب الاتصال اولى به اخذ الطحاوي والشيخ الفقيه ابو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله ان صاحب الجذوع اولى وذكر فيها قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى وعليه عامة المشائخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي فقد رجع صاحب الاتصال على صاحب الجذوع *

قوله وان اقام احدهما البينة جعلت في يديه لقيام الحجة فان قيل البينة حجة على الخصم واذا لم يثبت كونها في يده الاخر لا يكون خصما فكيف يتقضى باليد فيها للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد الا ترى انه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الاخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وذكر الامام الترمذ رحمه الله فان طلب كل واحد ميمين صاحبه ماهي في يده حلف كل واحد منهما ماهي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بأكملها للحالف نصفها كان في يده ونصفها للذي كان في يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث **قوله** جعلت في ايديهما لما قلنا وهو قوله لقيام الحجة **قوله** لوجود التصرف والاستعمال فيها ومن ضرورته اثبات اليد كالركوب في الدواب واللبس في الثياب *

(باب)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

* باب دعوى النسب *

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها سبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد * وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه

* باب دعوى النسب *

قوله ومبنى النسب على الخفاء لان العلوق امر خفي فيعفى فيه التناقض كالمراة تقيم البيعة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتراف قبل الكتابة **قوله** وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع يعني ادعياه معافد دعوة البائع اولى وعند ابراهيم النخعي رحمه الله دعوة المشتري اولى لان له حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبائع حق استحقاق النسب ولا يعارض الحق الحقيقي كالمواد عن المولى وابوه ولد الجارية يثبت النسب من المولى لما ذكرنا **قوله** وهذه دعوة استيلاد يعني دعوة البائع لان اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير وانها لا تعارض دعوة الاستيلاد لان دعوة التحرير تقتصر على الحال ودعوة الاستيلاد تستند الى وقت العلوق فكانت سابقة معنى فكانها سبقت صورة وفي المبسوط لو ادعاه المشتري او لا يثبت النسب منه لانها مملوكة في الحال يملك اعترافها واعتراف ولدها فصحة دعوته ايضا الحاجة الولد الى النسب والحريقة وثبتت لها امومية الولد (با)

فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله * وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولا قل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه وان اصدقه يثبت النسب وببطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك * فان مات الولد فادعاء البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاء في الام لانها تابعة الولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاء الام * وان ماتت الام فادعاء البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذة البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبعية وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقال لا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وما لينها غير متقومة عنده باقراة ولا يصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حتى يثبت نسبه من المشتري ولانه ثبت فيه لا يحتمل الابطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذي كان للبائع ضرورة وفي النهاية قوله وهذه دعوة استيلاء احتراز عن التحرير يعني لما كانت هذه الدعوة دعوة استيلاء لم تفتقر الى حقيقته الملك لصحة الدعوة في الحال بخلاف دعوى التحرير على ما يجيء بعد ويحمل على الاستيلاء بالنكاح حملا لامره على الصحة ولا يعتق الولد **قوله** فلا تثبت حقيقة العتق اي في الولد ولا حقه اي في الام **قوله** وليس من ضروراته اي وليس من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاء في الام كما في ولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه ليست بام ولده بل هي امة لمولاه وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولدة امة الغير بنكاح ثبت نسبه ولا تصير الام امة ام ولده **قوله** والتدبير مثل الاعتاق لانه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية كما متناع التملك من الغير **قوله** وهذه دعوة تحرير اي دعوة البائع (قوله)

في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها **قال** وفي الجامع الصغير
 واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد
 اعتق المشتري الام فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعه ته
 باطله وجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول
 قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو
 الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاه وكما في المستولدة بالنكاح
 وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا
 لانه لا يحتمل النقص كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت
 من المشتري حقيقة الاعتاق والتاب في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق
 لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله

قوله في العقد والغصب حتى اذا اشترى ام ولد الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها
 وكذا لو فصبها فماتت لا يضمن عندابي حنيفة ر **قوله** فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن
 والفرق بين هذا وبين ما اذا مات الام فان ثمه يرد بجميع الثمن عندابي حنيفة ر هو ان في الموت
 لو ثبتت امومية الولد لا يبطل حكم من الاحكام ولا كذلك في اعتاقها لانه يبطل العتق
 الثابت من المالك ولانه لو قلنا يبطلان العتق يلزم ابطال الحقيقة بالحق ولا يلزم على هذا
 ما اذا باع احد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع نسب الذي عنده ثبت نسبه
 وبطل عتق المشتري لانه ضروري وكمن شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا **قوله** وليس من
 ضروراته اي ثبوت امومية الولد ليس من ضروراته ثبوت النسب كما في ولد المغرور **قوله**
 لانه لا يحتمل النقص اي الاعتاق لا يحتمل النقص كحق استحقاق النسب اي في الولد وحق
 الاستيلاد اي في الام فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والتاب في الام
 حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة (قوله)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعندة بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت **قال** ومن باع عبدا ولد عندة وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقص وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد اورهنه او آجره او كاتب ام الولد اورهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقص فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كاعتاقه **قال** ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني حادثاً لانه لا حبل لاقول من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولد اعنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عندة لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذا مسئلة فمروضة فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لا في حر الاصل فبطل

قوله في الفصل الاول اراد به ما اذا ادعى البائع الولد وقد عتق المشتري الام يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعندة بكل الثمن هو الصحيح وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لاحتصتها بالاتفاق وفرق بين الموت والعتق ووجهه ان القاضي كذب البائع في ما زعم حيث جعلها مفعلة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد حصتها ايضا فان قيل يجب ان لا تكون للولد حصة من الثمن لانه حادث بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولدان حادث صورة بعد القبض فمن حيث المعنى حادث قبل القبض فان البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك واذا كان حادثاً قبل القبض معنى فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة ههنا فتصير له حصة من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض **قوله** ومن باع (عبداً)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصود الحق دعوى البائع وهناك ثبت تب
لحرية فيه حرية الاصل فافتراضا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عند
ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوى تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته:

عبد اولد صندة اي كان اصل العلوق في ملكه *

قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصود اي عني لو بطل عتق المشتري
في تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوى البائع وانه لا يجوز لان عتق
المشتري عتق حقيقي وحق البائع حق الدعوى والحق ادنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف
يرفعها وهذا في مسألة التوأمين ثبت تبعا لحرية فيه حرية الاصل اي ثبت بطلان اعتاق
المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل وهذا لان الذي
صندة ظهر انه حر الاصل فاقضى ان يكون الآخر حر الاصل فانه يستحيل ان يكون
احدهما حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بما هو
فوقه وهو الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما لو كان الولد واحدا لان العتق يبطل ثمة
مقصود الحق دعوى البائع وانه لا يجوز وهناك ثبت الحرية في الذي صندة ثم تعدى الى
الآخر ضمنا وتبعاً فتستغني من قيام الولاية هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه فان لم يكن
اصل العلوق في ملك البائع والمسئلة بحالها ثبت نسب الولدين من البائع ايضا لان
التوأمين لا ينفكان نسباً وقد ثبت نسب الذي صندة لمصادفة الدعوى ملكه فيثبت نسب
الآخر ضرورة ويعتق الذي عند البائع على البائع ولا يبطل عتق المشتري في الذي صندة
ولا ينتقض بيعه لان هذه دعوى تحرير لا دعوى استيلاء ولا افتقار دعوى الاستيلاء الى اتصال
العلوق بملك من يد عبه واذا كانت دعوى تحرير تقتصر على محل ولايته وصار كان البائع
اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين بعنق عارض
حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه * (قوله)

قال وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً وإن جحد العبدان يكون ابنه وهذا عند أبي حنيفة رخص وقالوا إذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الإقرار يرد ببرد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار والقرار بالنسب يرد بالرد وإن كان لا يحتمل النقص الأتري أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذب البائع ثم قال أنا اعتقته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيضير كولد الملاءنة لا يثبت نسبه من غير الملاءنة لأن له أن يكذب نفسه ولا أبي حنيفة رخص إن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرد ببرد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف

قوله الأتري أنه يعمل فيه الإكراه والهزل لا يبطل مما لا يحتمل النقص وكذا الهزل ويبطلان الإقرار بذلك فإن من أكره على الطلاق والعناق فنحل الطلاق والعناق ولو أكره على الإقرار بهما فأقر لا يقع كما لو أكره على البيع وغيره مما يحتمل النقص ففعل فإنه لا يثبت فإذا ثبت أن الإقرار بما لا يحتمل النقص ملحق بما يحتمل النقص ثبت أنه يرد بالرد **قوله** فبقي أي بقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له كما إذا أقر بعتق عبد الغير وكذب به المالك ثم اشتراه يعتق عليه **قوله** فردت شهادته لتهمة كالفسق والقراة **قوله** ثم ادعاه لنفسه يعني لا يصح دعوه الشاهد لنفسه لما أنه أقر بأنه ثابت النسب من المدعي والإقرار بالنسب مما لا يحتمل النقص **قوله** وكذا تعلق به حق الولد إنما قاله لأن الإقرار حق المقر له فينبغي أن يرد بردة كما في الإقرار بالدين فقال (محمد)

ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجبر الولاء من جانب الام الى قوم الاب
وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف
النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة
بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره *

قال واذا كان الصبي في يد مسلمة ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم
هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا

محمد رحمه الله هذا الاثر ليس بحق المقوله على التلخيص بل تعلق به حق الولد ايضا *
قوله ولو سلم الى آخره يعني ان الولاء اثر من آثار الملك فيكون حكمه حكم
الملك والملك يتحول من شخص الى شخص والثابت منه اذا طرأ على الموقوف
يرفعه وكذا الولاء يتحول ايضا من شخص الى شخص **قوله** كجبر الولاء صورته
معقفة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي
الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد
جرى لاء الولد الى نفسه **قوله** ما هو اقوى وهو دعوى المشتري وانما كان دعواه اقوى لان
الملك له قائم في الحال ظاهر افكان دعوى الولاء الى نفسه بسبب الاعتاق مصاد فابطله
لوجوده شرطه وهو قيام الملك **قوله** بخلاف النسب على ما مر اي في ولد الملاعنة فانه
لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال نبوته من الملاعن **قوله** وهذا يصلح مخرجا اي
قوله هذا ابن عبدي فمن يبيع الولد ويخاف ان يدعيه البائع فينتقض البيع فيأمر البائع
ليقر بالنسب لغيره خوفا من انتقاض البيع فان هذا يكون حيلة عند ابي حنيفة رحمه الله لان
الغائب لو صدق او كذب او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعواه المقر
عند ابي حنيفة رح والحيلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن فلان الميت حتى
لا يأتى منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ذكره شمس الائمة السرخسي رح (قوله)

ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا او فرلانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام
 ما لا يدل على الوحدة اية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس
 في وسعه اكتسابها * ولو كانت دعوتهم ادعوة البهوتة فالمسلم اولى ترجيح بالاسلام وهو اوفر النظرين *
قال واذا ادعت امرأة صبيانه ابنها لم يجز دعواه حتى تشهد امرأة على
 الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير
 فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها
 لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صم
 قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر
 في الطلاق وان لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزام على
 نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما
 وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاعني ذلك عن ابنة *

قوله ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا الواحد
 وابنا لآخر **قوله** وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا يعني لوجعلناه عبد المسلم جعلناه مسلما تبعا
 وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتساب الحرية **قوله** وهو اوفر النظرين لان القضاء
 بالنسب من المسلم قضاء باسلامه **قوله** ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج انما قيد
 بذلك لان المرأة اذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها وان لم تكن ذات زوج يكون
 القول قولها من غير بينة كما في الرجل على ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشائخ من اجري
 المسئلة على اطلاقها ورد قولها وان لم تكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله
قوله بخلاف الرجل اي يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة لمعينين
 احدهما هو ان دعواه دعوى علوق الولد منه وذلك امر باطن لا يوقف عليه فيقبل قوله
 من غير حجة كما اذا علق طلاق امرأته بحيضها يقبل قولها حضت لهذا اما المرأة فيمكنها (ا)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره
فهو ابنيهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما اولقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما
يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما
هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب
المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها **قال** ومن اشترى جارية
فولدت واداعته فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم بخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور
من يطأ امرأة معتد اعلى ملك يمين ارتكاح فتلد منه ثم تستحق واداعته وحرر بالقيمة باجماع
الصحابه رضوا لان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرا لاصل في حق ابيه رقيقا في حق
مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعة فلا يضمه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة
فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولومات الولد لاشي على الاب لانعدام
المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس يبدل عنه والمال لايه لانه حرا لاصل في حقه

اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها ما يشاهد ويعاين فلم يقبل قولها الا بحجة
كما اذا علق طلاقها بدخول الدار فادعت المرأة الدخول وكذبها الزوج لا يصدق
الا ببينة لا مكان الاثبات بالبينة والثاني ان دعوى الرجل اقرار على نفسه بوجوب النفقة
والحفظ والتربية اما دعوى المرأة فاقرار على الزوج لا يلزمها شيء من ذلك والد دعوى
لا تقبل الا بحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه
ابنها من غيره فهو ابنيهما هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر فالقول له
أيهما صدق ثبت نسبه بتصديقه *

قوله فيجعل الولد حرا لاصل في حق الاب لان مقصوده من الاستيلاء ان علاق ولده حرا اذ لو علم
بان علاقته رقيقا لا يقدم على الاستيلاء فيجعل حرا لاصل تحقيقا لمقصوده **قوله** وكذا لو ترك مالا لان
الارث ليس يبدل عنه اي عن الولد بخلاف الدية لانها بدله فمنعها كمنع الولد فباخذ قيمته (قوله)

(كتاب الاقرار)

فيرثه ولو قتلته الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتلته غيره فأخذ ديتته لان سلامة بدله له كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعتها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب *

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقربه او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف انزل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عجز ارضي الله عنه الرجم باقراره

قوله فيرثه فان قيل الولدان كان حرا في حق ابيه فهو رقيق في حق مدعيه فوجب ان يكون المالك بينهما ما قلنا الولد حر الاصل في حق المدعي ايضا حتى لا يكون ولاؤه له وانما جعل رقيقا ضرورة القضاء له بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** فاخذ ديتته قيد بالاخذ ذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لا يتحقق في ما لم يصل الى يده من البديل فان قبض من الدية قدر قيمة المتناول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البديل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد **قوله** لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميعه ولم يسلم **قوله** كما يرجع بثمنه اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع والضمير للمشتري وقيل بثمن المشتري اذا استحق او بثمن الولد لو تصور شراؤه فاستحقه احد والله اعلم *

* كتاب الاقرار *

اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق الاقرار اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس بانبات الحق وحكمه ظهور المقربه لا ثبوته ابتداء الا ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق (و)

(كتاب الاقرار)

وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لتصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحرفي حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجب لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه يبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام

والعناق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اذا اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه عن طيب من نفسه فيكون تسليمه مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده وانه ملزم على المقر ما اقر به لو وعد ليل على صدق المخبر به قال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على نفسه هو الاقرار *

قوله وتلك المرأة باعترافها هي الغامدية وهي التي اقر الماعزانة زنى بها فقال رسول الله عليه السلام لانس اغديا انس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاقرت فرجمت فلما جعل الانوار حجة في الحدود التي تدرك بالشبهات فلان يكون حجة في غيرها اولى **قوله** وهو حجة قاصرة لتصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبه لانه قد ثبت حق الحرية له واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم **قوله** وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره **قوله** بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته فانه اذا اقر بدين لرجل او ودعة او غصب او عارية فانه يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقدر رضي بتعلق الدين برقبته فكان مسلطا عليه من جهته (قوله)

(كتاب الاقرار)

الا اذا كان الصبي ما ذونا لدلانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة
 الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف ما لا لا يدري قيمته ويجرح جراحا لا يعلم
 ارشها وتبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به
 بخلاف الجهالة في المقر لدلان المجهول لا يصلح مستحقا * ويقال له بين المجهول لان التجهيل من
 جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه * فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج
 عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان * فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه
 اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قبدة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا * والقول
 قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه * وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا

قوله الا اذا كان الصبي ما ذونا في التجارة كان اقراره جائزا بدين لرجل او غصب او رديعة
 او عارية او مضاربة لانه التحق بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر
 والجنانية والكفالة لانهما غير داخلات تحت الاذن اذا التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة
 المال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم يكن تجارة مطلقة **قوله** وجهالة المقر به
 لا تمنع صحة الاقرار اعلم ان الجهالة التي تتعلق بالاقرار لا ينح عن ثلثة اوجه اما ان تكون
 الجهالة في المقر او في المقر له او في المقر به فالاولان بمنعان صحة الاقرار بخلاف الثالث اما جهالة
 المقر له كما اذا قال لرجل علي الف درهم او يقول لزيد علي الف درهم لم يصح الاقرار لان زيدا
 في الدنيا كثير الا ان يبين وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك
 علي احد الف درهم لان المقضي عليه مجهول وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار والبيان
 في ذلك الى المقر لانه هو المجهول فاليه بيانه كذا في شرح الطحاوي **قوله** والاقرار اخبار
 عن ثبوت الحق فيصح به اي يكون المقر به مجهولا **قوله** وكذا اذا قال لفلان علي حق
 لما بينا اي لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان
 علي حق ثم قال مفصلا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه (بيان)

(كتاب الاقرار)

وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة *
ولو قال لفلان عليّ مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل * ويقبل قوله في القليل والكثير
لان كل ذاك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالاً عرفاً * ولو قال
مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقرب مال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب
عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيابه والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة ربح اند لا يصدق
في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل
جواب الكتاب وهذا اذا قل من الدراهم اما اذا قل من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين

بيان يعتبر باعتبار العرف لا بالادعاء وفي العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية *
قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئاً فالقرار
صحيح ويلزمه به ما يبينه ولا بد من ان يبين شيئاً هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود
مالاً كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو
مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالمفوض كقوله اشتريت من فلان شيئاً يكون اقراراً بشراء
ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من ان يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس
حتى ان فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان الاقرار بالغصب دليل على انه كان ممنوعاً
من مبعثه صاحبه حتى غلب عليه وهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئاً بهذه الصفة
قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لا صل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولاً كان او مفصولاً ثم
ان ساعدة المقر له على ما بينه اخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج
عن موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار راد الاقراره يبقى دعواه شيئاً آخر عليه
وهو ذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ولا فرق بين ان يبين شيئاً يضمن بالغصب او لا يضمن
بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك
ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن عند ابي حنيفة رحمه الله (و)

(كتاب الاقرار)

وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقية النصاب * ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبار الادنى الجمع * ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة ربح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثرت حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشرة درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه * ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف

واختلفت المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بانه مقبول وفي الايضاح وهذا اختيار مشائخ العراق لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا وفي الايضاح واما اختيار اهل ما وراء النهر لا بد من ان يبين شيئا له قيمة لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه واختاره في الهداية قول هؤلاء حيث قال يجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة اي لان مطلق اسم الغصب يطلق على اخذ مال منقوم في العرف *

قوله وفي الابل بخمس وعشرين كان ينبغي ان يقدر فيه بخمس لانه يجب فيه شاة فكان غنيا قلنا هو مال عظيم من وجه حتى تجب فيه الزكاة وليس بعظيم من وجه حتى لا تجب فيه من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذا المطلق ينصرف الى الكامل وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه تحقيقا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم وكذلك في كل جنس يريد حتى لو اراد الابل تجب عليه من الابل خمسة وسبعون وهذا لان اقل الجمع ثلثة (فيحمل)

(كتاب الافرار)

الى الوزن المعتاد * ولو قال كذا اكداد رهما لم يصدق في اقل من احد عشرة درهما لانه ذكر عدد دين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر * ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عدد دين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره * ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم * ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه * وان ثلث بالواو فما ثلث واحد وعشرون وان ربع يزداد عليها الف لان ذلك نظيره **قال** وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة يعجاب وقبلي ينبي عن الضمان علي ما صر في الكفالة *

فيحمل علي ثلثة اموال ولو قال علي مال نفيس او كريم او خطيرا او جليل قال الناطقي لم اجده منصوعا وكان الحجر جاني يقول يلزم مائتان ولو قال علي دريهم او دينير فعليه درهم تام ودينار تام لان الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير فلا ينقص عن الوزن ولو قال حنطة كثيرة فهذا علي خمسة اوساق والوسق ستون صاعا وهذا علي قولهما لان النصاب في باب العشر يقدر بهذا واما علي قول ابي حنيفة رضي الله عنه فلا نصاب للحنطة فيرجع الى بيان المقرر * **قوله** الى الوزن المعتاد اي معتاد ذلك البلد قال في المبسوط ان كان في بلديتبايعون علي دراهم معروفة الوزن بينهم ينقص من وزن سبعة صرف الي ذلك لان تعيين وزن سبعة لم يكن بنص في لفظه وانما كان ذلك بالعرف الظاهر في معاملات الناس به وذلك يختلف باختلاف البلدان والاوقات ويعتبر في كل موضع عرف اهل ذلك الموضع ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة وفتاوى القاضي فخر الدين لو قال كذا دينار فعليه دينار لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه لانه لم يجمع بين ثلثة اعداد ذكر بلا عاطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار **قوله** وقبلي ينبي عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبلا لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي هو حجة الدين قبالة * (قوله)

ولو قال المقر هو ودبعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه
 والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي
 انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين
 والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح * ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيس
 او في صندوق فهو اقرار بالامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع
 الى مضمون وامانة فثبت اقلهما * ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها
 او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى
 فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا
 لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء ينلو الوجوب *

قوله ولو قال المقر هو ودبعة ووصل اي في قوله علي وقبلي لان آخر كلامه تفسير لاوله وهو يحتمل
 لما فسرناه فان قوله علي اي حفظه لا عينها لان المضمون على المودع الحفظ والحال محله فقد ذكر
 المحل واراد به ما يحمله فاحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا مفصولا **قوله** والاول اصح لان استعماله
 في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه اجدر **قوله** لان الهاء في الاول كناية عن المذكور
 الاصل انه متنى ذكر في موضع الجواب كلاما لا يستقل بنفسه يكون جوابا كما لو قال لي عليك
 الف او قال اقض الالف النبي عليك فقال نعم فقد اقر بها لان قوله نعم لا يستقل بنفسه فقد اخرج
 مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكانه قال نعم اعطيك
 الالف التي لك علي ومتنى ذكر في موضع الجواب كلاما لا يستقل بنفسه يجعل مبتداء فيه
 لا مجيبا الا ان يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من ان يحمل على الجواب
 ولا يلزم على هذا المدعى الى الغداء لو قال والله لا اتعدى بنصرف الى الجواب بدون
 الكناية فان المعنى الذي يوجب حمله على الجواب في اليمين يوجب حمله على
 الابتداء ههنا لانه انما حمل على الجواب في مسألة اليمين لانه دخل المدعى في اليمين
 بيقين اريد به الجواب والابتداء فحمل على الجواب كيلا يلزم وجوب الكفارة باكل (غداء)

(كتاب الافرار)

ودعوى الابرء كالتضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التملك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين **قال** ومن اقرب دين مؤجل فصدقة المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حق لنفسه فيه فصار كما اذا اقرب بعد في يده وادعى الاجارة بخلاف الافرار بالدرهم السود لانه صفة فيه وقدمرت المسئلة في الكفالة **قال** ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكرو ان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها درهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المأثمة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمه والدرهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدرهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عدد دين مبهمين واعقبها تفسير الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى تفسير فكان كلها ثيابا *

غداء آخر بالشك وهذا المعنى يوجب حمله على الابتداء ههنا كيلا يلزم المال بالشك * **قوله** ودعوى الابرء كالتضاء لما بينا اشارة الى قوله والقضاء ينلوا الوجوب لان الابرء اسقاط وهو انما يكون في دين واجب عليه وكذلك دعوى الصدقة والهبة بان قال تصدقت به علي او وهبته لي لان هذا دعوى التملك منه وهو لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته لانهم ايردان على الدين الثابت وكذا اذا قال احلتك به على فلان لان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدونه **قوله** وقدمرت المسئلة في الكفالة اي في باب الضمان منه ببيان الفرق وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا انه لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عدد دين مبهمين واعقبها تفسير فانصرف اليهما لا يقال الاثواب لا تصلح مميزا للمائة لانها ما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد القوصرة (با)

قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمر في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزم انه وكذا الطعام في السفينة والحظطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمر من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرار بغصب المتزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحلقة فله العيدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل صرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزمه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الاثواب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولا يبي يوسف رح بالتخفيف والتشديد وعاء التدر يتخذ من قصب قولهم انما يسمى بذلك مادام فيها التمر والافهي زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزمه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحظطة في جوالق وان كان الثاني مما لا يكون ظرفا للاول نحو قوله غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح ان يكون ظرفا لما اقر بغصبه اولا فلغا آخر كلامه وان كان الثاني مما يحتل ان يكون ظرفا وان لا يكون ظرفا يحمل على الظرف عند محمد رح لانه حقيقة للظرف ومتى امكن حمله على الحقيقة يحمل عليها كما في قوله غصبت ثوبا في عشرة اثواب فانه يلزمه عند محمد رح احد عشر ثوبا لان العشرة قد يكون وعاء للثوب الواحد لانه قد يصلان الثوب النفيس في عشرة اثواب فصار كقوله حظطة في جوالق وعند ابي يوسف رح وهو قول ابي حنيفة رح لم يلزمه الاثواب واحد لان الثوب الواحد لا يصلان في عشرة اثواب عادة فصار بيا نالان محل المغصوب عشرة (١)

ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوق الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الطرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رح يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عندي بي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسعة الغاية وقال لا تلزمه العشرة كلها فتدخل الغائتان وقال زفر رح تلزمه ثمانية ولا تدخل الغائتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مررت الدلائل في الطلاق *

انواب هذا في كلمة في واما الحكم في كلمة من فمادكرة في الكتاب وهو ان يكون اقرارا بالغصب في الاول خاصة لان كلمة من لا ابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حمارة فكان اقرارا بالغصب الاكاف خاصة والحمارة مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذته وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل النصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهم علافة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة جمع سرير *

قوله ان حرف في يستعمل للبين والوسط فان قيل لم يأت استعماله في الآية للبين والوسط بل لمع اي مع عبادي قلنا لما تردد بين المحلين وباعتبار حمله على البين والوسط لم يجب الزائد على الواحد فلا يجب الزائد بالشك على ان حرف في قد يكون بمعنى على ايضا كما في قوله تعالى ولا صلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل وحمله على هذا المعنى لا يوجب ايضا الذمة في الاصل براءة فلا يجوز مشغلها بالشك **قوله** على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء يعني ان العشرة لا يكون وعاء معنى لان الوعاء غير الموعى والثوب اذا لف في ثياب وكل ثوب يكون موعى في حق ما ورائه فلا يكون وعاء الا الثوب (١)

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصي له فلان او مات ابيه فورثه فلا قرار صحيح لانه اقرب سبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار انزله

الذي هو ظاهر فاذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء اللثوب الواحد كان آخر كلاءه لغوا وما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فهو متقوض على اصله فانه لو قال غصبت كرابا في عشرة اثواب حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة ايضا مع ان عشر حرير لا يجعل وعاء للكرابا عادة ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة المسئلة مع اختلافاتها ودلائلها صرت في الطلاق ولو قال له وعلي ما بين كر شعير الى كر حنطة فعليه في قول ابي حنيفة رحمه الله كر شعير و كر حنطة الا قفيز حنطة لان التفيز الاخر من الحنطة هو الغاية الثانية وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الكر ان ولو قال له علي ما بين عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة رحمه الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير وقوله من كذا الى كذا بمنزلة قوله ما بين كذا في جميع ما ذكرنا والله اعلم *

* فصل *

قوله ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم الى آخرها صورة المسئلة ان يقول لما في بطن فلانة علي الف درهم ورثها من ابيه فاستهلكتها او كان ذلك دين لا يبيده مات وانتقل اليه او وصية له من غيره فاستهلكتها او كان دين علي فاوصي له بذلك ولو جاءت بولدين حين فاما مال بينهما ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين **قوله** ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه بان وضعته لاقبل من ستة شهر مذ مات المورث والموصي وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا الا ان تكون (ا)

(كتاب الاقرار فصل)

فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا **قال** فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحدا لمفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به **قال** ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجهها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه المرأة معتدة فمخ اذا ولدت لاقول من سنتين حتى حكم بثبوت السبب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات المورث والموصي *

قوله فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما اذا تركت مبقاة على ملك الميت ما لم يصرف اليه وارثه او الي من اوصى له به ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما فان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان قال باع مني شيئا بالف درهم او اقرضني الف درهم لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا فان قيل هذا يكون رجوعا وان لا يصح وان كان موصولا فلهذا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فقد يشبه على الجاهل فيظن ان الجنين ثبت عليه الولاية كالمفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا وكان كلامه هذا ابيانا لارجوعا فلهذا كان مقبولا منه **قوله** وان ابهم الاقرار بان قال لحمل فلانة على الف لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح فيحمل عليه تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقا ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة كما حمل اقرار العبد المأذون واحدا لمفاوضين على الاقرار بسبب التجارة (ولم)

قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للنسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم يعدم بهذا الشرط الباطل والله اعلم *

ولم يحمل على الاقرار بغير التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يواخذ العبد به في حال رقه ويواخذ الشريك الآخر وفي الاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يواخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر ابدأ ولا بي يوسف رح طريق آخر وهوان هذا اقرار صدر من اهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله محمدر حمة الله الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بأن يعتبر شيئاً اولي من الآخر فيتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد كما لو اشترى عبد بالف ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمس مائة وقيمتها سواء فان البيع يفسد في الذي اشتراه من البائع وان احتمل الجواز لان للجواز جهتين ان يصرف اليه مثل الثمن الاول واكثر والجمع متعذر ولا رجحان لاحدهما على الآخر فحكمنا بالفساد ضرورة بخلاف ما لو اقر بحمل لان طريق التصحيح متعين بالوصية ولا يراحمه الارث لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام لشبوع حقه في جميع التركة اما الوصية بحمل جارية او بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للتصحيح فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رحمه الله في صحة اقراره مطلقاً بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقاً للحمل *

قوله ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط صورته ما اذا اقر لرجل بدين او قرض او غصب او ودعة او عارية قائمة او مستهلكة على انه فيه بالخيار ثلثة ايام فالأقرار جائز والخيار باطل اما جواز الاقرار فلو جود الصيغة الملزمة بقوله علي او عندي لغلان واما الخيار فباطل لان الاقرار اخبار فلا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فهو صدق اختياره او لم يختاره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما باشر اشتراط الخيار في المعقود لتغيره صفة العقد ويخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه ولان الخيار في معنى التعليق (با).

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى متصلاً باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الشيء والحاصل بعدة فيكون رجوعاً وقد مر الوجه في الطلاق وأما قوله له علي مائة درهم الا ديناراً او الا قفيزاً فله مائة درهم الا قفيزاً الا ديناراً والقفيز هو هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ربح وأما قوله له علي مائة درهم الا ثوباً لم يصح الاستثناء وقال محمد ربح لا يصح فيهما وقال الشافعي ربح يصح فيهما لمحمد ربح ان الاستثناء ما لولا له دخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحد اجنسا م. د. المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر بالشرط فساد دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمتنع كون الكلام اقراراً والخيار يدخل على حكم اصل السبب فاذا بقي بقي حكم الاقرار وهو اللزوم *

* باب الاستثناء *

قوله وما في معناه اراد به ما كان بياناً مغيراً كالشرط وغيره لانه في معنى الاستثناء **قوله** لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الباقي قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاماً **قوله** ولكن لا بد من الاتصال لانه بيان مغير فيصح موصولاً لا مفصولاً على هذا اجمع العلماء الا ابن عباس فعنده يعمل الاستثناء وان كان مفصولاً اسندل بقوله عليه السلام لا غزون قريشاً ثم قال بعد سنة ان شاء الله فلنا لم يكن ذلك على وجه الاستثناء وانما كان على وجه الامثال لما امر به في قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت وسواء استثنى الاقل او الاكثر وقال الفراء اذا كان المستثنى اكثر من الباقي لا يجوز الاستثناء به وهو قول مالك ورواية عن أبي يوسف ربح **قوله** فان استثنى الجميع لزمه الاقرار هذا اذا (ا)

والمكيل والموزون او صافهما اثنان اما الثوب فليس بشئ اصلا

استثنى بعين اللفظ الذي تعلم به في صدر الكلام بان قال نسائي طوالب النسائي فانه لا يصح الاستثناء اما اذا قال نسائي طوالب الا هؤلاء او قال الافلانة وفلانته واستثنى الكل باسميهم يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق عليهن وكذا لو قال عدي احرار الاعدي لا يصح ولو قال الا هؤلاء او فلانا وفلانا وفلانا ذكر جميع عبدة باسميهم يصح وهذا الفقه وهو ان الاستثناء تصرف لفظي فيبني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأة انت طالق ست تعليقات الاربع يصح الاستثناء حتى يتبع تطليقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد له على الثلث ومع هذا لا يجمل كانه قال انت طالق ثلاثا الاربع لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام اول التكلم بالحاصل بعد النيا لانه انما صار كذا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا مبرر رجعي الى ذات اللفظ ويتصور ان يدخل في ملكه غير هذه الجواني او العبيد واذ كان كذلك يصح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد النيا فلم يصح *

قوله والمكيل والموزون او صافهما اثنان اي انهما اثنان او صافهما حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار ولهذا يستوي الجيد والردي فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالالف صورة والعديدات التي لا تتفاوت كالمقدرات في ذلك اما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى لانه لا يصلح ثما فلم يكن استثناءه استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا فان قلت ان فاق المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها قلت الاثنان متدرة لمالية الاشياء (لا)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون نمنا يصلح مقدر الدرهم فصار بقدره مستثنى من الدرهم وما لا يكون نمنا لا يصلح مقدر ابقى المستثنى من الدرهم مجهولا فلا يصح * **قال** ومن اقرب شيء وقال ان شاء الله متصلا بقرارة لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط اذ لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال ائمان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا انظر الناس لانها مقدرة فيصلح ان تكون مقدرة الدرهم المستثناة كانه ذكر المقدر وترك المقدر دلالة المدة على المقدر فكان استثناء الدرهم من الدرهم معنى وما لا يصلح نمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدر الدرهم المستثناة لافتقار المقدر الى ان يكون مقدر ابقى المستثنى من الدرهم مجهولا فلا يصح الاستثناء لانه استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فيبطل *

قوله ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة احتراز عن السلم **قوله** فصار بقدره مستثنى من الدرهم فصار كانه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدرهم وفي الذخيرة ان كان للمستثنى مثل من جنسه كالكيلبي والوزني والعددي المتقارب نحو ان يقال لفلان علي دينار الا درهم او الا تفرح حنطة او الا مائة جوزة صح الاستثناء وي طرح قدر قيمة المستثنى عن المقربه وان كانت قيمة المستثنى تأتي على جميع ما اقربه لا يلزمه شيء وان لم يكن للمستثنى مثل من جنسه نحو ان يقول لفلان علي دينار الا ثوبا او قال الا شاة لا يصح الاستثناء اجماعا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله **قوله** لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق وفي الجامع لثاوي خان رحمه الله قال ابو يوسف رحمه الله التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال وقال محمد رحمه الله عليه تعليق بشرط لا يوقف عليه ونمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عندابي يوسف رحمه الله لا يقع لانه ابطال وقال محمد رحمه الله يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط **قوله** لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار واخبار لا يحتمل (ا)

(كتاب الاقرار.....باب الاستثناء وما في معناه)

لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا * **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا انظا والاستثناء تصرف في المملووظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبع الالفاظ بخلاف ما اذا قال الاثلثها او الايتامنها لانه داخل فيه لفظا * ولو قال بباء هذه الدار لي والعريصة فلان فهو كما قال لان العريصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء فلان بخلاف ما اذا قال مكان العريصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار * ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه وام اقبضه فان ذكر عبد ابعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والتاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعته وانما بعته عبد غير هذا وفيه المال لازم على المقر لا اقرار به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب

التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذا بالقوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه تبين به انه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط * **قوله** لانه في معنى بيان المدة اي من حيث العرف لان هذه الاشياء تذكر في العادة لبيان محل الاجل فاعتبرا اقرارا بدين مؤجل **قوله** لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى الالفاظ اي البناء داخل في لفظ الاقرار بالدار تبع لا مقصودا باللفظ والدليل على هذا فصل البيع فان البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بدق بلنه بل يتخير المشتري بخلاف ما اذا قال الاثلثها او ايتامنها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لان البيت في لفظ الدار داخل مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن واو قال ببناء هذه الدار لي والعريصة فلان فهو (كما)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

بعد حصول المتصور والتاليث ان يقول العبد عدي ما بعثك وحكمه ان
لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه
كما قال اي يكون البناء له والعريضة لغلان وكذا اذا قال يباض هذه الارض لغلان وبناء هالي
لان ما تضمنه اللغتان من قصر الحكم السابق على مجرد الساحة منع دخول الوصف في
ذاي الحكم بطريق التبعية فلا يكون هو مقرا بالوصف فلا يكون في قوله وبناء هالي راجعا
عما اقر به بخلاف ما اذا ذكر مكان العريضة ارضا حيث يكون البناء للمقر له وفي الذخيرة
واعلم بان هذه خمس مسائل وتخرجها على اصلين احدهما ان الدعوى قبل الاقرار
لا يمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار في بعض ما دخل تحت الاقرار
لا يصح والتالي ان اقرار الانسان بحجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا
هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضاها لغلان انما كانت الارض والبناء لغلان
لان بقوله البناء لي ادعى البناء بقوله الارض لغلان اقر لغلان بالبناء تبعالاقرار بالارض والاثار
بعد الدعوى صحيح واذا قال ارضها لي وبناء هالي لغلان فهو على ما اقر المقر لان بقوله
ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعاً وبقوله والبناء لغلان اقر بالبناء لغلان والاقرار بعد الدعوى
صحيح ويؤمرا المقر بقل البناء من ارضه واذا قال ارض هذه الدار لغلان وبناء هالي فالارض
والبناء كلاهما للمقر لان بقوله ارضها لغلان اقر لغلان بالبناء تبعاً وبقوله بناء هالي ادعى البناء
لنفسه والدعوى بعد الاقرار في بعض ما تناوله الاقرار لا يصح واذا قال ارض هذه الدار لغلان
وبناء هالي لغلان آخرنا الارض والبناء كلاهما للمقر الاول لان بقوله ارض هذه الدار لغلان
صار مقر الغلان بالبناء تبعالاارض وبقوله وبناء هالي لغلان آخر حصل مقر على الاول والاثار
على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لغلان وارضاها لغلان آخر فهو كما قال لان بقوله
اولا بناء هذه الدار لغلان آخر صار مقر بالبناء له وبقوله ارضها لغلان صار مقر على الاول
بالبناء الثاني واقرار الانسان على غيره باطل *

قوله بعد حصول المتصور وهو سلامة العبد بيان ان المقر ادعى وجوب الالف بسبب بيع (١)

ولو قال مع ذلك انما بعثتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر
والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر
عبدا بعينه * وان قال من ثمن عبدا ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند
ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على
وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنته كانت او طارئة بان اشترى
عبدا ثم نسيه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان
كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق
ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبدا وان اقرانه باعه
متاعا فالقول قول المقر وجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب
في السبب وبدلا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب
كان هذا من المقر بيا نامغير الان صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار
عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا * ولو قال ابتعت منه عبدا الا اني لم اقبضه فالقول
قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن *

الاخر والمقر اقرب بسبب شراء هذا العبد فلا يبالى بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما اذا
اقر بالالف من ثمن متاع والمقر له يتول انه غصب او قرض لا يبالى باختلاف السبب كذا همنا *
قوله ولو قال مع ذلك انما بعثتك غيره اي مع انكار العبد المقر به يدعي لزوم المال ببيع عبدا آخر
قوله واذا تحالفا بطل المال اي بطل المال من المقر والعبد سأل من في يده **قوله** وانكاره القبض
في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان ثمن عبدا غير معين لا يكون واجبا على المشتري
الا بعد القبض لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك لانه لا طريق للوصول اليه فانه ما من
عبدا يحضره الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار المبيع
فعلم انه في حكم المستهلك فكانه اقر بالقبض ثم رجع **قوله** وقال ابو يوسف (ومحمد)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لم يزلزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر او الخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقال اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآحر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال * ولو قال له علي الف درهم من ثمن مناع او قال اقرصني الف درهم ثم قال هي زيوف او نهرجة وقال المقر له جيا د لزمه الجيا د في قول ابي حنيفة رح وقال ان قال موصولا يصدق وان قال منصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي متوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن مناع لهما انه بيان مغير فيصم بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا

ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي صدقه في الاصل وكذبه في الجهة وان اقرانه باعه متاعا اي صدقه في الاصل والجهة بان اقرانه باعه عبدا فالقول قول المقر وحاصل مذهبهما انه ان صدقه المقر له في ان ذلك من ثمن عبد يصدق وصل ام فصل وان كذبه في ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتأكد بالقبض والمقر ينكر فجعلنا القول قوله في انكاره القبض وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيا نا مغيرا لمقتضى اول الكلام لان مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا بالمال للحال ولكن احتمل ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغير يصح موصولا ولا يصح مفصولا *

قوله وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير واما قال ومعنى المسئلة بيان الاسم الاشارة في قوله وكذا لزمه الالف (و)

لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والاستوقة بمجازة الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولا يبي خيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه وصار كما اذا قال بعثكه معيار قال المشتري بعثنيه سليما فالتقول للمشتري لما بينا والاستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة

ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فثن الخمر والتخزير لا يكون واجبا على المسلم فاوّل كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل ام فصل كما لو قال عليّ الف درهم من ثمن متاع باعنيه الا اني لم اقبض فانه لا يصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزم شيء لانه بين آخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى فلنا ذلك تعليق وهذا ابطال اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرد ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح *

قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا الا ان مطلق الدراهم يتناول الجياد ولان بيعات الناس تكون بالجياد فكان مغيرا للاصل فاذلك يشترط الوصل وكذا الستوقة تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فصيح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة او ستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل **قوله** فالتقول للمشتري لما بينا اي ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب * (قوله)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لم يزلزمه الا الف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر او الخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقال اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بأحر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال * ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبه رجعة وقال المقر له جيا د لزمه الجيا د في قول ابي حنيفة رح وقال ان قال موصولا يصدق وان قال منفصلا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي متوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصم بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا

ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي صدقه في الاصل وكذبه في الجهة وان اقرانه باعه متاعا اي صدقه في الاصل والجهة بان اقرانه باعه عبدا فالقول قول المقر وحاصل مدحهما انه ان صدقه المقر له في ان ذلك من ثمن عبد يصدق وصل ام فصل وان كذبه في ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتأكد بالقبض والمقر ينكر فجعلنا القول قوله في انكاره القبض وان كذبه في السبب كان هذا من المقربيا نا مغير مقتضى اول الكلام لان مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا بالمال للحال ولكن احتمل ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغير يصح موصولا ولا يصح منفصلا *

قوله وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير واما قال ومعنى المسئلة بيان الاسم الاشارة في قوله وكذا لزمه الا الف (و)

لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والاستوقة بمجازة الا ان مطلته ينصرف الى الجباد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولا بي حنيقة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيادة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه وصار كما اذا قال بعثكه معيبا وقال المشتري بعثته سليما فالقول للمشتري لما بينا والاستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة

ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فثنس الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم فاوّل كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل ام فصل كما لو قال عليّ الف درهم من ثمن متاع باعنيه الا اني لم اقبض فانه لا يصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزم شيء لانه بين آخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرد ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال

وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح * **قوله** لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلام ولا يصير استبدال الا ان مطلق الدراهم يتناول الجباد ولان بيعات الناس تكون بالجباد فكان مغيرا للاصل فاذلك يشترط الوصل وكذا الستوقة تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فصيح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة او ستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل **قوله** فالقول للمشتري لما بينا اي ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب * (قوله)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كرحضة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة ر ح في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالحياد فانصرف مطلقه اليها * ولو قال لعل علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم * ولو قال اغتصبت منه الف اوقال ارد عني ثم قال هي زيوف او نبه رجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضي له في الحياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا الجاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله

قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار لان الصفة ليست مما يتناول اسم الدراهم حتى استثنى وانما ثبت وصف الجودة لمقتضى مطلق العقد **قوله** لان الرداءة نوع لا عيب فان العيب ما ينح عنه اصل الفطرة والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة فهو في معنى بيان النوع وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسطا وردية الا ترى انه لو قال بعنك هذه الحنطة واشتر اليها والمشتري كان رآها فوجد هاردية ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب ولو قال بعنك بهذه الدراهم واشتر البها وهي زيوف ولم يعلم بها البائع استحق مثلها جيا اذا زيافة فيها فعلم ان الزيافة عيب **قوله** وقيل لا يصدق اي عند ابي حنيفة رحمه الله **قوله** فلا مقتضى له في الحياد ولا تعامل اما لا مقتضى فلما ذكر ان المقتضى هو عقد المعاوضة ولم يوجد وقوله لا تعامل اشارة الى الجواب عن فصل القرض فان في القرض ان لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل والناس انما يتعاملون بالحياد فينصرف الى الحياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف الى الحياد * (قوله)

وعن ابي يوسف ر ح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان * ولو قال هي ستوفة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوفة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانها مغيرا خلا بد من الوصل * وان قال في هذا كله الغائم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيادة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانتطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه * ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم * ومن قال لا خراخذت منك الف درهم وديعة فهل كيت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطينها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والاخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لان

الابقضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمتقضى ثابت ضرورة **قوله** وعن ابي يوسف ر ح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اي اذا قال غصبت الغائم قال هي زبوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض **قوله** اذ القبض فيهما اي في الغصب والقرض لان القرض على رواية الاصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل فكذا في القرض والغصب مثل القرض لانه انما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه ايضا **قوله** يتناولها مجازا المشابهة بين الستوفة والدراهم من حيث الصورة **قوله** ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس او بسبب اخذ السعال فعن ابي يوسف ر ح انه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخرة ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفو **قوله** اقر بسبب الضمان (و)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك ودعته وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقربالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكره فافترا * فان قال هذه الالف كانت ودعة لي عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقربا ليدله وادعي استحقاقها عليه وهو ينكره فالقول للمنكر * ولو قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردّها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه وردّه وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو الثيباس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان * ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف

وهو الاخذ ودلالة كون الاخذ سببا للضمان قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى يرد هذا تناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل وقوله ودعة رجوع عما اقربه لانه دعوى البراء فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشتري باجل الثمن بعد ما اقربه والبة تدعي معجلا فان قيل ينبغي ان يصدق ويجعل قوله ودعة بيان تغيير كما لو قال لبلان علي الف ودعة قلنا صدر الكلام هذا موجه الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الودعة وبقوله ودعة يكون دعوى مبتدأ لا بيان ما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان علي الف يحتمل الودعة يعني على حفظه فيكون قوله ودعة بيان تغيير فيصدق موصولا *

قوله فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان الثابت ضرورة عدم في غير موضوعها **قوله** فان قال هذه الالف كانت ودعة لي عند فلان فاخذتها الي قوله والقول المنكراي بالاجماع وان قال اجرت دابتي هذه فلانا الي قوله وقالا القول قول الذي اخذ منه الدابة هذا كله اذا لم يكن الدابة والثوب معروفا انه للمقر ما لو كان الثوب معروفا انه للمقر او الدابة او الدار فقال قبضته فيه فكان القول قول المقر في قولهم لان الملك فيه معروف للمقر **قوله** وعلى هذا الخلاف (الا

(كتاب الاقرار.....باب الاستثناء وما في معناه)

في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورة تثبت ضرورة استيفاء المعتقد عليه وهو المنافع فيكون عدم ما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقراره باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصد ان يكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر يثبت ثبوت من جهته فيكون القول قوله في كفيته ولا كذلك مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقترضته الغائم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بتقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا *

الاعارة والاسكان بان قال اعرتك داري هذه ثم رددت علي او اسكنتك داري هذه ثم رددت علي وقال الآخر الدار داري *

قوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع **قوله** وجه القياس ما بيناه في الوديعة وهو قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاتها عليه وهو منكر فيكون القول قوله في كفيته **قوله** وقد تكون من غير صنعه كاللنطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت به الريح فالتقطه في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا المودع اذا مات الوديعة في يد وارثه وديعة وان لم يدفع اليه صاحبها فثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد له من قبله حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف **قوله** وليس مدار الفرق على ذكر (١)

(كتاب الاقرار باب اقرار المريض)

ولو اقران فلان ازرع هذه الارض اوبنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر
فادعاهما فلان وقال المقر لابل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر
لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في يد ملك المقر وصار كما اذا قال
خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول
للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخبط ثوبا في يد المقر كذا هذا *

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدينون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب
معلومة فدين الصحة والدين المعروفة الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المريض
ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما

الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها الاجارة والاسكان
هذا احتراز عن قول الامام القمي فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها
اخذتها منه فيجب جزاءه وجزاء الاخذ الرد وهما قال فردها علي فافترا لا افتراقهما في الوضع وهذا
ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار وهما في الاجارة واختاها
وذكره ان الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب ان اليد في باب الوديعة مقصودة الى آخره *
قوله ولم يقل قبضته منه قيد حتى لو قال ثم قبضته منه كان على الخلاف **قوله** لانه ما اقر باليد
انما اقر بمجرد الفعل منه هذا احتراز عما اذا اقر الرجل ان فلانا ساكن في هذا البيت
وادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لان السكنى يثبت اليد للساكن
على المسكن واقراره باليد للغير حجة عليه ومثبت باقراره كالمعاين في حقه كذا في المبسوط
قوله وقد يخبط ثوبا في يد المقر بان خاط في بيت المقر والله اعلم *

* باب اقرار المريض *

قوله والديون المعروفة الاسباب كما اذا استقرض مالا في مرضه وعابن الشهود دفع (المقرض)

وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للمحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولما ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحابة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمنزلة المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالملايد لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيحقق التمييز وهذه حاله العجز *

المقرض المال اليه او استقرى شيئا رعاين الشهود قبض المبيع او ساجر شيئا ببيعة شهودا وتزوج امرأة بعدهم والملايد رعاين الشهود الساخ ووليد ديون الصحة فان هذه الديون تساوي ديون الصحة *

قوله وهو الاقرار ايضا در عن عقل ودين وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب في اخباره والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته فلا يكذب في اقراره لوجود هذين الوصفين في المنزلة في هذا التناوت بين ان يكون المقر صحيحا او مريضا بل المرض يزاد رجحان جانب الصدق لما ان المرض حالة التوبة والاثابة ومحل الوجوب الذمة القابلة للمحقوق وهي ذمة الحر البالغ العاقل **قوله** ولهذا منع من التبرع والمحابة الا بقدر الثلث هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث ولا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو اضعف الحقيق فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق **قوله** هو اقوى او ولي وفي هذا جواب ايضا عما ادعاه الشافعي من استواء حالة الصحة وحده **قوله** بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان له نساء او جوازي او هو شيخ كبير لا يولد له عادة وتزوج آيسة فلما النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها لينبئ الامر عليها **قوله** وهذه حاله العجز يعني انه لما مرض الانسان مرض الموت وعجز عن الاكتساب فلو لم يتعلق حق الغريم بالمال ولم ينتقل من الذمة اليه يتوهم دينه لان المريض يتلف المال سريعا فيؤدي الى ابطال حقه فيهم * (قوله)

(كتاب الاقرار.....باب اقرار المريض)

وحالة المريض حالة واحدة لانه حالة الحجب بخلاف حالتى الصحة والمريض لان الاولى حالة اطلاق
 يرد به حالة عجز فافتروا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمته في تموتها اذا المعايين لا مرد له
 وذلك مثل بدل مال ملكه واستهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين
 مثل دين الصحة لا يقدم احد هـ على الاخر طابينا * ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح في حق
 غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان
 في ايتار البعض ابطال حق الباقيين وغرماء الصحة والمريض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض
 في مرضه او نقد شئ ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة **قال** واذا قضيت يعني الديون المتقدمة
 ويصل شيء يصرف الى ما اقربه في حالة المريض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق
 غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** فاذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز
 اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه
 اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية
 وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين **قال** ولو اقر المريض بوارثه
 لا يصح الا ان يصدق فيه بيمينه وقل الشافعي رحمه في احد قوايد يصح لانه اظهر حق ثابت
قوله وحالة المريض واحدة اي حالة اول المريض وحالة آخر المريض بعد ان يتصلها الموت
 حالته واحدة هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله لان حق غرماء الصحة يتعلق بهذا المال
 بان يقال لو كان تعلق الدين المتقدم مانعا عن الاقرار بدين آخر ينبغي ان لا يصح اقرار
 المريض بالدين ثانيا بعد ما اقر اولاً في حال مرضه لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح
 اقراره في حال المرض اذا كان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله فاجاب
 عنه وقال ليس كذلك لان الاقرارين في حالة المرض بمنزلة اقرار واحد لكون احوال المرض
 بمنزلة حالة واحدة في حق الحجب كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الاطلاق
قوله وغرماء الصحة والمريض في ذلك سواء اراد من غرماء المرض ما يكون لهم الاسباب
 المعروفة لان حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت على سواء **قوله** الا اذا قضى (ما)

لترجم جانب الصدق فيه وصار كالاقرار الاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث
 ولما قوله دم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا
 يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض بابطال حق الباقيين ولان
 حالة المرض حالة الاستغناء والقربا بة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق
 الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس
 عن المعاملة معه ولما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في الاقرار بوارث آخر لحاجته
 ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابد **يصح اقراره ***

ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه قد علم بالبيئة لانه ليس فيه ابطال
 حق الغرماء لانه حصل في يده مثل ما نقد وحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة
 فاذا حصل له مثله لا يعد تفويتا بخلاف ما لو قضى مهورا امرأة تزوجها في المرض او اجرة
 دار اسأجرها لم يسلم اهما وبشارتهما غرماء الصحة لان ما حصل له من النكاح وسكنى الدار
 لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصهما بابطال الحق الغرماء كذا في المسبوط *

قوله لترجم جانب الصدق اذا عقل يدعه عن الاقدام على الكذب وبالمرض يزداد الامتناع
 لكونه حالة الندم والانتابة **قوله** وبوارث آخر والجامع هو ان حق الباقيين كما يبطل
 بتخصيص البعض بالاقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالاقرار بوارث آخر وهو صحيح
 بالاتفاق فيبغى ان يصح هذا الاقرار ايضا ان كل واحد من الاقرار **ادارث المعروف**
قوله وبوديعة مستهلكة اي اقربا مستهلكا ووديعة كان ثبوتها معاينة وفي مع الكبير او دعه
 اياه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضر الاب الموت قال
 اسهلكتها وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز وواجب ان ذلك انما هو معتبر
 اقراره بصير **مجهلا** ويجب الضمان فلا يفيد رد الاقرار ولان تصرف المريض انما رد للتهمة
 ولا تهمة في المعاينة **قوله** ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه فان قيل حق الورثة انما
 يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقربا بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل (لا)

(كتاب الاقرار.....باب اقرار المريض)

قال وان اقر لا جنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان
 الشرع قصر تصرفه عليه الا لنا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي
 لانه المثلث بعد الدين ثم رثم حتى يأتي على الكل **قال** ومن اقر لا جنبي ثم قال هو ابني
 ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة
 النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على
 زمان التزوج فتبني اقراره لاجنبيه **قال** ومن طلق زوجته في مرضه ثم اقرها بدين ومات فلها
 الاصل من الدين ومن ميراثها منه لا يهما منتهان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود لورثة
 فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصير اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فثبت *
 لا يكذب على نفسه جزاء وبالمرض به زاد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى
 العتل فيبغضه على الصدق قلنا الاقرار ايصال نفع الى الوارث من حيث الظاهر فيد ابطال
 حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف الا بفراؤه وهو متهم فيه لجواز انه اراد به الايثار
 بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضا الباقيين
 دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع بطريق
 الوصية وكل تصرف يتسكن المرء في تحصيل المتصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره الا ترى
 ان يصح اقراره بالبيع قبل العزل لابعده ولان تعلق حق الورثة بماله في المرض لا يظهر
 في حق الاجنبي لكثرة حاجته الى المعاملة معد في الصحة فلما انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع
 الناس عن المعاملة معه وبخلاف الاقرار بوارث آخر لحاجته الى ابقاء نسله فلا ينحجر بحق
 الورثة كما لا ينحجر عن الاتفاق لبقاء نفسه فان قيل لو اقر لامرأته بمهرها صدق الى مهر مثلها
 قلنا لا تهمة في حق اقراره لوجوب مهر مثل لان وجوب مهر المثل بحكم صحة النكاح لا باقراره
 الا ترى ان عند المنازعة جعل القول قولها الى مقدار مهر مثلها ولهذا الواقر لها زيادة على
 مهر مثلها بطلت الزيادة لان وجوبها باعتبار اقراره وهو متهم في حقها لانها من ورثته *
قوله وان اقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها قيد بالاقرار لانه لو وهب لها هبة (او)

فصل ومن اقرب غلام يولد مثله لمثله

وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذا المستلثة وضعها في غلام يعبر من نفسه بخلاف العادة ^{انما من قبل ولا يمتنع بالمريض} لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة ^{انه لما ثبت نسبه منه صار} كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرب ما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير* ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابله لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق او اوصى لها بوصية ثم تزوجها يبطل لان ذات ملك بعد الموت وهي وارثه ح وانما اقرار المريض لاختيه وللمقرابن فمات الابن قبله ثم مات المقران اقراره للاخ باطل لان المريض محجور عن الاقرار للوارث والاخ وارث الا انه محجوب بالابن فاذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بالسبب الموجود وقت الاقرار فاستند الحجر اليه واما في الاجنبية فسبب الارث يثبت بعد الاقرار فلا يمكن استناد الحجر اليه ما قبل العلة والله اعلم*

* فصل من ومن اقرب غلام يولد مثله لم

قوله لان النسب مما يلزمه خاصة قال الله تعالى ادعوهم لا بائهم وعلى المولود له رزقهن ولان مؤنة الولد على الاب خاصة فيكون اقراره به على نفسه فيقبل من غير تصديق الام **قوله** على ما مر من قبل اي في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوى **قوله** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى اي اذا صدق قوة الا الولد اذا كان صغيرا في يده **قوله** لما بينا اي لانه اقرب ما يلزمه (قوله)

(كتاب الاقرار... باب اقرار المريض... فصل ومن اقرب غلام يولد مثله لمثله)

وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رخص لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار *

قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى وهو ما ذكرنا في باب دعوى النسب انها اذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها **قوله** ويقبل اقرار المرأة بالوالدين ذكر في بعض الفوائد ينبغي ان يقال بالوالد لانه يترأى تناقضا لان هذا الكلام يقضي ان احدا لو قال هذه امي وصدقته يصح وذكر بعد هذا ان اقرار المرأة بالولد لا يصح قلت هذا ليس بتناقض لان الكلام ثمة في اقرار المرأة بالولد وهنا في اقرارها بالوالدة ولا مانع من صحة اقرارها بالوالدة اذ ليس فيها التزام النسب على الغير فيصح لكن الكلام في تصديقها فانه يصح في حال وهو ما اذا لم تكن ذات زوج ولا يصح في حال وهو ما اذا كان لها زوج فثبت ان اقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقا وتصديقها لابنته يصح في حال دون حال ومثل هذا لا يعد تناقضا وهذا واضح جدا **قوله** وقد مر لان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي وهو الوطي ولا يقف عليه غيره فيقبل فيه مجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ويمكن ان يقف عليها غيرها وهي القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة **قوله** لان حكم النكاح باق لانه مالك فبقي ملكه الى انقضاء العدة ولهذا حل لها ان تغسله فاعتبر تصديقها بخلاف جانبها لانها مملوكة وذا حق عليها **قوله** يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وهذا لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب على السواء والمنتهي متقرر في نفسه فيصح التصديق وهذا لان التصديق (قد)

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولي بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يترحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعة يستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ تم اوصى لآخر... انه كان للموصي له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلة حتى يورث ربه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانيسان كان المال للموصي له ولولم يوص لاحد كان بيت مال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار *

قد وجدوا الاقرار قائم لان التكذيب من المقر لم يوجد والمقر به وهو النكاح يبقى بعد موتها في حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا كان باقراره يبقى بعد موتها في حق الميراث ايضا وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لان الارث لم يكن مستحقا وقت الاقرار وانما يستحق بعد الموت والتصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار وتلك الحالة ليست بحالة جريان الارث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبارات ستجبر فان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد وترك كسبا... بعد الاقرار ثم صدقه للمقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا كذلك قلنا ان نسب يقع ملكا من الابتداء لما لك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه ذلك دعوى ارث مبتدأ *

قوله قريب او بعيد نحو ان يقر باخ وله عمة او خالة فالارث لهما دونه لانه (لا)

(كتاب الاقرار ... باب اقرار المريض ... فصل ومن اقر بغيره يولد مثله لمثله)

قال ومن مات ابوه فاقرباؤه لم يثبت نسب اخيه لما يبا ويشاركه في الميراث لان اقراره نص من شئتين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق **قال** ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقرا احدهما ان اباه قبض منها خمسين لاشيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذب اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور *

لا يملك ابطال حقهما في الارث بصرفه الى الغير ولا يكون له الثلث وان ملك الا يجاب بطريق الوصية لانه ما اوجب وصية انما اوجب ارثا الا انا اعتبرناه وصية في حق التنفيذ اذا لم يكن ثمه وارث لانه ليس فيه ابطال حق الغير فورث *

قوله لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون اي لان قبض الدين انما يكون لقبض عين مضمون حتى يصير ديننا فيتناصان **قوله** كما هو المذهب عندنا خلافا للشافعي راجع فعنده يشيع في النصفين **قوله** على كون المقبوض مشتركا اي على كون الخمسين التي يقبضها غير المقر مشتركا بينهما اما غير المقر فانه يقول الكل مشترك فيكون مقره ما قبضه مشتركا واما المقر فانه يرفع عن الدين بهذا المقدار وهو مشترك **قوله** ورجع الغريم على المقر لانتقاض المفارقة في ذلك التقدير وبقائه ديننا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور والله اعلم *

(كتاب الصلح)

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صم مع اقرار وصم مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكره صلح مع انكار وكل ذلك جائز لا طلاق قول . . . الصلح خير وقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا حل حراما او جرم حلالا وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار وسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينتقل الأمر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة

* كتاب الصلح *

وهو اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف الخصامة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول بشرطه ان يكون البدل اي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقاني دارو ادعى المدعى عليه قبله حقاني حانوته فصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صم وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقطة لا تنقض الى المباشرة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح فيه بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع وقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الحديث واعتد الاجماع على جوازه وهو على ثلثة اضرب لان المدعى عليه عند دعوى المدعى احاب او لا فان اجاب فلا يخ امان يقر ولا يقر وهو الانكار فان لم يجب فهو السكوت وانما لم يتنوع السكوت لان السكوت عبارة عن عدم الجواب والعدم لا يتنوع * **قوله** وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ اي اذا كان (مبطلا)

(كتاب الصلح)

ولما تناولنا اول ما روي تاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر وحرم حلالا لعينه كالصلح
علي ان لا يطاق الضرة والان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجواز لان المدعى يأخذ
عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفع لدفع الخصومة عن نفسه وهذا
مشروع ايضا اذ المال وقاية النفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز *

قال وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود
معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان
عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خييار الشرط والرؤية وتفسده جهالة البدل لانها

مبطلة في دعواه احل بالصلح فهذا صلح احل حراما وحرم المال المدفوع على الدافع
وكان حلالا قبل الصلح ولكن نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لا يخلو عن
هذا ايضا لان الصلح في العدة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان
حقا للمدعى اخذه قبل الصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه وحل بالصلح منعه وحرم
اخذة فكان تاويله احل حراما لعينه كالصلح على الخمر والخنزير فالصلح عليه بمنزلة
الاحلال والصلح مع احدي امرأته ان لا يطاق ضرتهما والحمل على هذا التاويل اولي
لان الحرام المطلق والاحلال المطلق ما كان لعينه ما كان لغيره *

قوله ولما تناولنا وهو قوله تعالى والصلح خير وهذا صلح فان قيل ينبغي ان يصرف الى المعهود
السابق وهو ان بصالحا بينهما صلحا سبقت الآية للصلح بين الزوجين لان المنكر اذا اعيد
معرفا كان الثاني عين الاول كما في قوله تعالى فعصى فرعون الرسول قلنا خرج مخرج
التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحا والصلح خير والعلة لا تنقيد بمحل الحكم الذي
هلل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها حكمها وهذا لانه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود
وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس احق كما في قوله تعالى
والله يعلم المفسد من المصلح اي جميع المفسدين والمصلحين لا المعهود فحسب وكذا قوله تعالى (و)

هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يستقط ويشترط القدرة على تسليم البذل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تملك المنافع بمال

واذا فعلوا فاحشة الآية ثم قال ان الله لا يأمر بالفحشاء اي لا يأمر بجميع انواع الفواحش لا المعهود فقط فان قيل المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به خصومة المدعى من نفسه والمدعى انما يأخذها ليكف عن الخصومة معه بغير حجة خصومته بغير حجة ظلم منه شرعا واخذ المال ليكف عن الظلم رشوة وهي حرام لقوله تعالى ثم لعن الله الراشي والمرتشي قلنا دفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز وانما حرم لودفع الرشوة ليظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذا اخذ الآخذ بالجهة التي يدفعه الدافع اليه وهو يأخذ بالجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة *

قوله هي المفضية الى المنازعة لانه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دين في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دين في الذمة الا موصوفا مؤجلا كما في السلم **قوله** ويشترط القدرة على تسليم البذل حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح كذا في النهاية **قوله** وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات فكل منفعة يجوز استحقاؤها بعقد الاجارة يجوز استحقاؤها بعقد الصلح ومالا فلا حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز وكذلك ان صالح على ان يزرع ارضه بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة ثم اعتبار الصلح فع بالاجارة على الاطلاق قول محمد ر ح حتى فسد الصلح بهلاك المدعى او المدعى عليه او محل المنفعة سواء هلك بنفسه او اتلفه احد وضمن قيمته ان كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدعى على جميع دعواه الا اذا استوفى شيئا من المنفعة فيبطل دعواه بقدر ما استوفاه وهذا لان محمد ر ح جعل هذا الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة تبطل بموت الموخر والمستأجر وهلاك محل المنفعة ببطل او بغير بدل فكذلك الصلح وعند أبي يوسف (رح)

(كتاب الصلح)

والاعتبار في العتود لمعانيها فيشترط التوفيت فيها وببطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لا فتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما يبا وبجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والنجود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك *

قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار وسكوت لانه يأخذه على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه *

رح ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او لبس هذا الثوب شهرانم هلك المدعى او المدعى عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رح فيعود على رأس الدعوى وقال ابو يوسف رح ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه وان مات المدعى فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتناوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المعتود للضرر الذي يلحق المالك فيفوت المورث عليه فيبطل ضرورة *

قوله والاعتبار في العتود لمعانيها كالهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حواله والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة **قوله** كما يختلف حكم الاقالة هي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث **قوله** لانه يأخذها على اصل حقه اي يبقيا في يده وملكه كما كانت **قوله** فيلزمه الشفعة باقراره كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو منكر * (قوله)

قال وإذا كان الصلح من اقرار واستحق بعض المصالح منه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح من سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لخصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترد وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلاء العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح من انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه

قوله فيبقى العوض اي بدل الصلح في يده اي في يد المدعى غير مشتمل على غرضه اي غرض المدعى عليه لان غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها **قوله** رجع بكل المصالح عنه هذا اذا كان بدل الصلح عينا ولم يجز المستحق الصلح فلوا جاز سلم العين للمدعى ورجع المستحق بقيمته على المدعى من ذوات القيم وان كان بدل الصلح دينا كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون بغير عيانهما او ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كأنه لم يستوف بعد كذا في شرح الطحاوي **قوله** باع منه على الانكار وصورتها دعوى على آخر دار امثلا وانكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع بان قال المدعى عليه للمدعى بعت منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح وهذا اقرار منه بالدار ثم لو استحق العبد يرجع المدعى على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى * (قوله)

(كتاب الصلح)

كالجواب في الاستحقاق في الفصلين **قال** وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصوله من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعري العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع ب كله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيبقى او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي *

قوله كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي فصلي الاقرار والانكار **قوله** على ما قدمناه في البيوع اي في آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع **قوله** لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح هذا جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وفي الذخيرة رجل ادعى دارا في يدرجل واصطالحا على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لان في زعم المدعى انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فان جاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعى بعد ذلك وهل تقبل بينته على باقي الدار فيما وقع الصلح على بيت من دار اخرى لا يسمع دعواه باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعى فكانه باع ما ادعى بما اخذ وفيما وقع على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي في شرح الكافي انه يسمع دعواه وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يسمع وجه من قال يسمع ان المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي الا ان البراءة عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الرواية ان البراءة لا تفي عينا ودعوى فان المدعى كان يدعى جميع الدار لنفسه والبراءة عن الدعوى صحيح وان كان البراءة عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذه العين يصح الا برأه حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع **قوله** او يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقي لان البراءة عن دعوى العين يصح والله اعلم * (فصل)

فصل

والصلح جائز من دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الا بارة
فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتياالا لتصحيح
تصرف العاقد ما امكن **قال** ويصح من جنابة العمد والخطا اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي
له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة
النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان
عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صلح على خمرا لا يجب شيء

* فصل *

قوله والصلح جائز من دعوى الاموال لانه في معنى البيع والمنافع بان ادعى في دار
سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث لمواقربه فصالحه الوارث على شيء
بجاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالا جارة فكذا بالصلح **قوله** فمن عفي له من اخيه
شيء اي من اعطي له من دم اخيه المقتول شيء وذلك بطريق الصلح وروى عن
جماعة فمنهم عمرو ابن عباس رضي الله عنهم ان الآية في عفو بعض الاولياء وتقديره
فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان
للقاتل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا هو الدية على حصصهم
من الميراث فاتباع بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي
وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وايضا غير ناقص كذا في التفسير **قوله** وهو بمنزلة النكاح
حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلذلك الوصلح من دم العمد على سكنى دار او خدمة
عبدة جاز لانها تصلح مهرا ولو صلح عليها ابد او على ما في بطن امته او على غلة نخله
سنتين معلومة لم يجز لانها لا تصلح مهرا وكل جهالة تحملت في المهر تحمل ههنا وما يمنع (صحة)

(كتاب الصلح فصل)

لانه لا يجب بمطلق العقود وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصيلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنائية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذالم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه

صححة التسمية يمنع وجوبه في الصلح لتشاكلهما من حيث ان المال يجب فيهما ابتداء الا في مقابلة مال وعند فساد التسمية يسقط العقود ويجب بدل النفس وهو ادية نحو ان يصلح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح على خمر لا يجب شيء لان وجوب المهر في النكاح من ضرورة العقد لانه لم يشرع الا بالمال واذالم يكن المسمى ما لا لغت التسمية اصلا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهر او ثمة يجب مهر المثل ووجوب المال في الصلح ليس من ضرورة الصالح فانه لو عفا ولم يسم ما لا لم يجب شيء *

قوله لانه لا يجب بمطلق العفو يعني لما لم يسم ما لا متقوما في الصلح عن دم العمد صار ذكر الذم والسكوت عنه سواء بقبي مطلق العفو عن القصاص وفي ذلك لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر في الصلح **قوله** وفي النكاح يجب مهر مثل في الفصلين اي في فساد التسمية كما اذا تزوجها على ثوب وفي تسمية الخمر والخنزير **قوله** وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح والوجه في الفرق بينهما ان حق الشفعة حق ان يملك محلا هو مملوك للغير وقبل التملك لا حق في المحل بوجه ما وما في باب القصاص فالمحل عار مملوكا في حق اقامة الفعل حتى اذا وقع الفعل اتصف بكونه حقا واذ صار المحل مملوكا في حق اقامة الفعل قبل الفعل ظهر الحق في المحل فيملك الاعتياض * (قوله)

(كتاب الصلح فصل)

غيران في بطلان الكفالة روايتان على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف الصلح من القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين * ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس اخر صها بالزيادة حاز لانه تعين الحق بالقضاء فكل من مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيها على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين

قوله غيران في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة يبطل وبه يفتى وهو رواية ابي حفص وفي الصلح في رواية ابي سليمان رحمهما الله انه لا يبطل فوجه البطلان هو ان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقط لا يعون وفي رواية الكفالة بخلافها فوجهه ان الكفالة بالنفس بسبب من الوصول الى المال فاخذ حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط طحقه بعوض لم يسقط مجازا **قوله** بخلاف الصلح من القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ويفترقان ايضا في الصلح على الخمر والخنزير ذكر في المبسوط ولو كان القتل خطأ اي في الصلح عن القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون اذا بطل بقي المال واجبا كما بان وهو الدية **قوله** كيلا يكون افتراقا عن دين بدين اي عن دين الدية بدين بدل الصلح فلو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر الخ صورته قضى القاضي بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة فهو جائز لان القاضي عين الواجب في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فصح ان كان يد ايد اما لو صالح على شيء من المكيل او الموزون سوى الدراهم والدينار الى اجل هو باطل لان القاضي عين الحق في الابل فكان هذا اعتياضا عن دين بدين **قوله** فلا يجوز الزيادة على ما تعين اي شرعا (قوله)

(كتاب الصلح فصل)

قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد لانه حق الله تعالى لاحقه ولا يجوز الاعتياض من حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب وادعاه الله حق الوالد لاحقتها وكذا لا يجوز الصلح عما شرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الافراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المذهب فيه حق الشرع **قال** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي بجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جازو كان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذل المال لدفع الخصومة قالوا

قوله ولا يجوز من دعوى حد صورته رجل اخذ زانيا وسارقا وشارب خمر و اراد ان يرافعه الى المحاكم فصالح الماخوذ على مال على ان لا يرافعه الى السلطان فالصلح باطل ويرجع عليه بما دفع من المال وكذلك لو ادعى رجل على رجل فذقا فصالح المدعى عليه بدراهم على ان يغفوه عنه فالصلح باطل **قوله** ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها اي اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بان قالت انه ابنه وجحد الرجل فصالح من النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب يثبت حثا للولد لا احتياجه اليه لاحقا لها فلا تملك الاعتياض لاستقاطه وكذلك لو كان لرجل ظلة او كيف على طريق العامة فخاصه رجل و اراد طرحه فصالحه على مال لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح واحد على الافراد وانما يكون لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة بخلاف ما لو كان على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوك لاهله فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل اليه تحصيل رضاء الباقيين فجاز كذا في الايضاح ولو صالح الامام صاحب الظلة على دراهم على ان يترك الظلة جاز الصلح وان كانت في طريق العامة اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع ذلك في بيت المال لان الاعتياض من الشركة العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال يجوز * (قوله)

(كتاب الصلح فصل)

ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه **قال** وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز **قال** رضي الله عنه هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجد الأول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابل به العوض فلم يصح *

قال وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال إعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزومه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل وفي حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لانكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء *

قال وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدًا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمدًا فصالح عنه جاز ووجه الفرق أن رقبة ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه يباع فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالأجنبي إما عبده من تجارته وتصرفه نافذ فيه يباع كذا استخلاصا وهذا لأن المستحق كالأئمة عن ملكه وهذا شراء فيملكه *

قوله ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه هذا عام في جميع أنواع الصلح **قوله** وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها كأنه زاد في مهرها ثم خالف على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة **قوله** فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها تتخلص عن الزوج وإن لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى وتكون هي على دعواها فلا يكون ما أخذه عوضا عن شيء فلا يجوز لأنه رشوة محضه من غير دفع خصومة ويلزم مهارة **قوله** ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل هذا أيضا لكونه بمنزلة الاعتاق على مال إذ لو كان بطريق المعاوضة لما جاز هذا لأن الحيوان لا يثبت دين في الذمة في المعاوضات (و)

(كتاب الصلح فصل)

قال ومن غصب ثوبا يهود بأقيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة ربح وقال لا يبطل النصل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيدل انه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولا يبي حنيفة ربح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك المولى اخذ القيمة يكون الكفن عليه اوحقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو ان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالتضاء فتبطل اذ اثر اضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة **قال** واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موصوف صالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالنصل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لا يبي حنيفة ربح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل *

وقوله الى اجل التاكيد فان ما لا يثبت دين في الذمة لا يثبت بذكر الاجل المعلوم كما في السلم والسلم لا يجوز في الحيوان فيكون ذكر الاجل موكد للنفي وجوب الحيوان دين في الذمة *

قوله يكون الكفن عليه تبين بهذا ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه فكان الصلح واقعا عن ملكه في الثوب المستهلك ولا ربوا بين الثوب والدرهم **قوله** اوحقه في مثله صورة ومعنى هذا الوجه الثاني لا يبي حنيفة رحمه الله وهو ان حق المالك في مثل المغصوب صورة ومعنى واجاب الثوب والحيوان ممكن في الذمة كما في النكاح والديّة وانما ينتقل حقه من المثل الى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة فاه الاضرورة في اجاب المثل لان الله تعالى عالم بذلك فماله يقض القاضي بالقيمة بقي المثل واجبا في الذمة ومنه فقبل قضاء القاضي بالقيمة (اذا)

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيها ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مومواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح

اذا اتراضيا على الاكثر كان بدل الصلح عوضا عن ملكه او عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربوا كما اذا كان العبد او الثوب قائما بخلاف ما لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالح على اكثر من القيمة لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وبخلاف ما اذا كان العبد بين الرجلين فاعتقه احدهما وهو موصوف صالحه الآخر مع المعتق على اكثر من قيمة يفديه فالفضل باطل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص عليها قال عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه وتقدر الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما مر لانها غير منصوص عليها فلم يقد فيها دلالة التقدير فان قيل لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابله القيمة يكون مبيعا قلنا انما لا يجوز لان العبد المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام فلهذا لم يجز الصلح على طعام مؤجل لان الطعام بدل عن القيمة ولهذا لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس جاز ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند الانسان والله اعلم *

* باب التبرع بالصلح والتوكيل به *

(قوله)

قوله ما صالح عنه اي عن الموكل *

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فنرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل **قال** وان صالح عنه رجل بغير امرة فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامرة ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفتي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه لانه لما اضاف الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو قال على الفتي وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده

قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فنرجع الحقوق الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار او ما اذا كان الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شيء وفي المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار حقا فصالحه عنه آخر بامرة او بغير امرة الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن التصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا ان الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فيه ملكه بازاء ما التزم شيء لان المسقط يكون متلاشيا فلا يكون داخل في ملك احد وان كان لم يضمن لم يلزمه المال بطلاق العقد ولكن ان كان الصلح بامر المدعى عليه فالمال على المدعى عليه لان الاجنبي معبر عنه الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد اليه وان كان بغير امرة فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضائه والمدعى لم يرض بسقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه **قوله** كالفضولي في الخلع اي من جانب المرأة **قوله** ويكون متبرعا بالواو **قوله** بخلاف ما اذا كان بامرة اي لا يكون متبرعا على المدعى عليه حينئذ **قوله** ولا يكون لهذا المصالح (شيء)

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

وسواء صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازة المدعى عليه جازولزمه الالف
ون لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له
الا ان الفضولي بصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان اليه نفسه فاذا لم يصف بقي عاقدا
من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر ان يقول صالحتك
على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه اليه نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شرط سلامته له فيتم
بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فردة فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل
بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف
ما اذا صالح على ذراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحققت او وجد هازيو فاحيث يرجع عليه لانه
جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله *

شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط اي اسقاط المدعى
عن المدعى عليه والمسقط يكون متلاشيا فلا يثبت له شيء ولا فرق في هذا اي في ان لا يكون
للمصالح شيء بين ما اذا كان مقرا او منكرالا انه يصير متبرعا عليه بهذا العقد فصار مالا تبرع
بقضاء الدين بخلاف ماله كان المدعى عينا والمدعى عليه مقرا فانه يصير مشتريا لنفسه
ان كان بغير امره لان العين يصح شراؤه من المالك وان كان في يد غيره فاما شراء الدين
من صاحبه لا يجوز لانه يصير تملك الدين من غير من عليه الدين *

قوله ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف هذا اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم
بل ينفذهنا على المصالح وانما توقف في قوله صالح فلانا وفي الذخيرة اذا صالح الرجل عن
المدعى عليه بغير امره لا يخلوا ما ان قال المصالح صالح فلانا على الف درهم من دعوتك
على فلان وفي هذا الوجه يقف الصلح على اجازة المدعى عليه ولا ينفذ الا على المصالح
ولا على المدعى عليه وان رد المدعى عليه بطل وان اجاز جازو كان المطالب بالمال هو المدعى
عليه وان قال المصالح صالحني وكذلك اذا قال صالح فلانا على الف من مالي (وكذلك)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه واستطاع قبضه كمن له على آخر ألف درهم عصالحة على خمسمائة وكس له على آخر ألف جبار فصالحه على خمسمائة زيوف جازوكانه أبرأه عن بعض حقه وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافصائه إلى الربوا فجعل استقاطا للبعض في المسئلة الأولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على ألف مؤجله جاز وكانه أجل نفس الحق لأنه لا يسكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسبه لا يجوز تحميلة على التأخير ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حملها على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلم يصرح الصلح ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه منه وذلك

وكذلك صالح فلانا على ألف على أني ضامن ففي هذه الأوجه يتنقد الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به مملوكا وأما إذا قال ما لحتك على ألف درهم ونم يزد على هذا اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا هو نظير قوله صالحني وقال بعضهم هو نظير قوله صالح فلانا والله أعلم بالصواب *

* باب الصلح في الدين *

قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة أي إذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما كان الصلح استيفاء لبعض حقه واستقاطا للبعض لا معاوضة وإنما قال وهو مستحق بعقد المداينة والحكم في الغصب والاتلاف كذلك لأن الأصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه * (قوله)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

اعني اخ من الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بمقدار المدائنة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو احول لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالح على مائة درهم حاله والى شهر صم الصلح لانه يمكن ان يجعل اسقاطا ثلثا فيربطها بالدين والاربعين الا مائة وتأجيل الباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم **قال** ومن له على آخر الف درهم تقال ادالي غدا امنها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا اد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رخص لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الا براءة مطلنا فلا يعود

قوله اعني اخ من الاجل وهو حرام وهذا لان الاجل صفة كالجودة والاهتياض من الجودة لا يجوز فكذا عن الاجل الا ترى ان الشرع حرم ربوا النسيئة وليس فيه الامتالة المال بالاجل شبهة فلان يكون مقابلته المال بالاجل حقيقته حراما واولى والاجل فيه ان الاحسان متين وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسئلة فان الدائن اسقط من حقه خمسمائة والمديون استطحقه في الاجل في الخمسمائة الباقية فيكون معاوضة بخلاف ما اذا صالح من الف على خمسمائة فانه يكون محمولا على اسقاط بعض الحق دون المعاوضة لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين **قوله** اولان معنى الاسقاط فيه الزم لان الصلح عبارة عن الخطيئة والخط في هذا اكثر فيكون معنى الاسقاط فيه الزم **قوله** لكونه مستحقا عليه اي قبل الصلح بحكم المدائنة والعوض ما يجب بالشرط واداء الخمسمائة غدا كان واجبا قبل الشرط فلم يصح الشرط لعدم (الفائدة)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسة في الغد وانه يصلح غرضاً حذراً فلاسه او توسلاً الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المبالغة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه اولاً لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به

الثالثة فبني الابراء مطلقاً والدليل على ان القدر لا يصلح عوضاً ما قال اصحابنا رحمهم الله فيمن باع عبداً من آخر بالف درهم على ان ينقذه الثمن في اليوم او الى ثلثة ايام لا يصير القدر عوضاً حتى اذا لم ينقذ الثمن في الوقت المذكور لا يبطل البيع لان القدر كان واجباً فلم يصح ان يكون عوضاً عن البيع كذا هذا *

قوله كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الاف على ان تعطيني خمسمائة غدا **قوله** ولهما الى آخره يعني ان الابراء لم يثبت مطلقاً بل مقيد بشرط وهذا لان قوله على انك بري خرج مخرج الا عواض كقوله ابرأتك على كذا الرضا لاحتك على كذا فيكون هذا منه ابراء بازاء تعجيل خمسمائة غداً وما يتأمله الابراء وهو اداء خمسمائة غداً وان لم يصلح عوضاً للابراء يصلح شرطاً لان تعجيل بعض المال قد يرغب فيه حذراً عن فوت الكل عند افلاسه او توسلاً الى تجارة اربح منه وقد بدأ باداء ثم اعتقه بالابراء وما وجد الابراء الا والاداء مقررون به ولا يصلح عوضاً و يصلح شرطاً فينقيد به **قوله** فهي محتملة للشرط لوجود معنى المبالغة فيه بيان مجوز الاستعارة وهو ان في المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض وفي الشرط مقابلة الشرط بالمشروط فجاز ان تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المبالغة فيه **قوله** اولاً لانه متعارف يعني ان لجواز استعمال مثل هذا الشرط في الصلح معنيين احدهما ان تكون كلمة المعاوضة وهي كلمة على مستعارة للشرط لوجود معنى المبالغة بين الشرط والجزاء والثاني كون مثل هذا الشرط متعارفاً فيه والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به والفرق بين التقيد بالشرط والتعلق به (ثابت)

ثابت لفظ ومعنى اللفظ فهذان في التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط كان وإذا ومنى وإما معنى
فان في التقييد الإبراء بالشرط يحصل الإبراء في الحال بشرط وجود ما قيد به حتى اذا
لم يوجد المقيد يعود الدين وإما في تعليق الإبراء بالشرط لا يوجد الإبراء أصلا في الحال لان
المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وذلك لان التقييد بوقت بمنزلة الإضافة الى ذلك الوقت
والإضافات اسباب في الحال بخلاف التعليق حتى ان من حلف لا يطلق امرأته فاضاف الطلاق
الى الغد فقال انت طالق غدا بحث في يمينه ولو علق طلاقها بمجيء الغد فقال انت طالق
اذا جاء غدا لا يحنث ولا يقال كلمة علي دخل الإبراء دون الأداء فكيف يكون الأداء شرطا
للبراءة وما دخل عليه كلمة علي هو الشرط كما في قوله انت طالق على الفى انت حر على الفى
وقوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا لا نقول دخولها على الإبراء بمنزلة
دخولها على الأداء بحكم الملة بله الله به بينهما وعدم إنكراك كل واحد منهما من الآخر وهو
نظير ما روى في الخلع من هذا الكتاب ما اذا قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها
واحدة فلا شيء عليها عن أبي حنيفة رحمه الله لانها صارت طالبة للثلاث بكلمة الشرط نصار كل
واحد منهما شرطا لصاحبه وصار بحكم الاتحاد دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق *

قوله كما في الحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه منفسا يعود الدين
الى ذمة المحيل وفي الفوائد الظهير يدلها ان هذا حظ بعوض وقد فات فيبطل الحظ كما
لو حظ بشرط ان يعطيه بالباقي رهنا وكفيلان لم يعطه ويان ان هذا حظ بعوض انه حظ خسارة
شرط ان ينقد خسمائة في الغد ونقد خسمائة في الغد يصلح عوضا عن الحظ لان الطالب
ينتفع به كما هو المعروف ومات ابو يوسف رح ان التقدر لا يصلح عوضا عن الحظ لان التقدر كان
واجبا قبل الحظ فلما التقدر قبل الحظ كان واجبا في المداينة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحظ
فيعتبر واجبا مرة اخرى يصير عوضا عن الحظ فيبطل الحظ بفواته اذا ثبت مرة يعتبر ثابتا (مرة)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

وسنخرج البداية بالبراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه
 أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صلحك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا
 وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حاله وجوابه
 ان الامر على ما قال لاننا اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأ منك من خمسمائة
 من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والبراء فيه واقع اعطى الخمسمائة اولم يعط
 لاننا اطلق البراء اولاً واداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ولكنه يصلح شرطاً فوقع
 الشك في تقييده بالشرط فلا ينتقد به بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان البراء
 حصل مقروناً به فمن حيث انه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ومن حيث انه يصلح شرطاً
 لا يقع مطلقاً فلا يثبت الاطلاق بالشك فافتراً والرابع اذا قال اداني خمسمائة على
 انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتاً وجوابه انه يصح البراء ولا يعود الدين لان هذا
 ابراء مطلق لانه لم يوقت للاداء وقتاً لا يكون الاداء غرضاً صحيحاً لانه واجب عليه في مطلق
 الا زمان فلم ينتقد بل يحمل على المعاوضة لا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد
 غرض صحيح والخامس اذا قال ان ادبت الي خمسمائة او قال اذا ادبت او مني ادبت
 فالجواب فيه انه لا يصح البراء لانه علقه بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من
 معنى التملك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به *

مرة أخرى اذا افاداً عبارة ثابتاً مرة أخرى بدليل ان من ظاهر من امراته مراراً صح
 لما ان اثباته مراراً يفيد شيئاً وهو وجوب الكفارة فكذلك ههنا التقديع يعتبر واجبا مرة أخرى
 ليصير عوضاً عن الخط لقواته *

قوله وسنخرج البداية بالبراء وهو الوجه الثالث المذكور بعد هذا وفيه العذر لما فاس عليه ابو يوسف رح
 بقوله كما اذا بدأ بالبراء **قوله** واداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً لان العوض ما لا يكون
 حاصله وههنا اداء الخمسمائة حاصل لانه واجب عليه بدون ابراء بعضه **قوله** فوقع
 الشك في تقييده اي في تقييد البراء بالشرط بعد ما اطلق البراء لان اداء الخمسمائة (ان)

قال ومن قال لا خلا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به *

فصل في الدين المشترك

و اذا كان الدين بين شريكين

ان صلح مقيدا من حيث انه يصلح شرطا لا يصلح مقيدا من حيث انه يصلح عوضا فوقع الشك في التقيد فلا يثبت بالشك بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان البراء حصل مقيدا بأداء خمسمائة وباعتبار صلاح حبه شرطا لا عوضا وقع الشك في اطلاق البراء فلا يثبت الاطلاق بالشك وفي المسئلة الرابعة البراء مطلق لان اداء الخمسمائة لا يصلح عوضا وكذا لا يصلح غرضا صحبحا لما لم يقيد بزمان معين فيلغو ذكره وفي المسئلة الخامسة لا يصح البراء لان تعليق البراءة بالشرط الصريح باطل وهذا لان البراء اسقاط حتى لا يتوقف على القبول وفيه معنى التملك حتى يرتد بالرد وتعليق التملك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الاسقاط بالشرط كالعناق والطلاق جائز نفى البراء المشتمل على المعنيين فلما يصح اذا لم يصح بالشرط ولا يصح اذا صرح بالشرط عملا بالشبهين *

قوله جازاي التأخير والحط على رب المال **قوله** ليس بمكره لانه يمكنه دفع هذا بابا مئة البينة والاستخلاف لينكل الا ترى ان الصلح على الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الانكار لما قلنا الا ان فيه نوع اضطراب وذا لا يمنع نفاذ التصرف كشرء الطعام بنمن غال عند المجاعة او بيع عين من اعيان ماله بطعام لياكله كان تصرفه نافذا وان كان مضطرا فيه فكذلك اذا اخر او حط مضطرا والله اعلم *

* فصل في الدين المشترك *

قوله واذا كان الدين بين الشريكين وضع المسئلة في الدين لان في العين بين الشريكين (اذا)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في الدين المشترك)

فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين

اذا صالح احدهما من نصيبه على شيء لم يشرك الآخر فيه وذكر في باب الصلح في الغصب من صلح المبسوط ولو ان رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث عن ابيهما فصالح احدهما على مال لم يشركه الآخر فيه سواء كان المصالح منكرا او مقرا لانهما يتصادقان على ان المدعي ملكها وان المصالح مانع لتصيبه وتصادقتهما يكون حجة في حقهما *

قوله فصالح احدهما من نصيبه قيد بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجيء في الكتاب وقيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقبض وهو قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين **قوله** وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة فان قيل ينبغي ان لا يكون له حق المشاركة في الثوب لان الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة وفي المعاوضة المحضة لاسبيل للشريك على الثوب كذا هنا فلما ذكر في مبسوط خواهر زاده ان الصلح على خلاف جنس الحق شراء في عامة الاحكام استيفاء العين الحق في بعض الاحكام واما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لبعض الحق بوجه ما يظهر هذا في مسائل منها اذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقربا الدين وقبض العبد ليس له ان يبيعه مرا بحة من غير بيان ولو كان مكانه شراء له ان يبيعه مرا بحة من غير بيان ولو تصادق على ان لادين يبطل الصلح ولو تصادق على ان لادين لا يبطل الشراء ولو ادعى دارا في يد انسان انها له فجدد ثم صالحه على ان اشترى الدار من المدعي بامه له كان للشفيع ان يأخذها بالشفعة بقيمة الامه ولو صالحه عن الدار على امه بعد ما جدد الدار لا يصير مقرا له ولا يكون للشفيع الشفعة **قوله** الا ان يضمن له شريكه ربع الدين استثناء من قوله ان شاء اخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في نصف الثوب ويجوز ان يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه (الدين)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في الدين المشترك)

إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشارك في المقبوض لأنه ازداد بالتبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتدوير زيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فإذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك *

قال ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشارك فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة * **قال** ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضا حقه بالمقاصاة كمالا لأن مبنى البيع على الماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الاغماض والخطيئة

الدين بنصفه فإن الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة *

قوله إذا قبض أحدهما شيئاً منه أي بطريق الاستيفاء **قوله** لأنه ازداد بالتبض لأن للتد مزية على النسيئة **قوله** كثن المبيع إذا كان صفقة واحدة بأن جمع اثنان عديد لكل واحد منهما عبد وباعا صفقة واحدة فيكون ثمنهما على الاشتراك وإن اختص كل واحد من العبدین باحدهما وثن المال المشترك بأن باعاً عبداً مشتركاً بينهما صفقة واحدة والموروث بينهما بأن مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه **قوله** لما قلنا إشارة إلى قوله لأنه ازداد بالتبض *

(قوله)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في الدين المشترك)

فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة ددين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لانه اقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اذلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخراجهما عن نصيبه سمح عند ابي يوسف رح اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عند هذا لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عيما منه او اشتراه شراء فاسدا او هلك في يده فهو قبض

قوله ولو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به يعني لو الزمنا المصالح ربع الدين يتضرر به لان الصلح مبناه على الخطب ما كان المصالح عليه لا يبلغ قيمته الاربع الدين فيتضرر به فيتخير بين ان يدفع نصف المصالح عليه او ربع الدين كما ذكرنا بخلاف ما اذا اشترى احد الشريكين من المديون شيئا بحصته حيث كان له ان يضمه ربع الدين لان معنى البيع على المماكسة والظاهر استيفاء حقه كملا فلا ضرر له في ايجاب ربع الدين ثم لا سبيل للشريك على الثوب المبيع لانه ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين لان عقد الشراء مثبت للملك بنفسه فيستغنى عن قيام الدين السابق ولا كذلك عقد الصلح **قوله** لانه قاض بنصيبه لا مقتض لان آخر الدينين يصير قضاء عن اولهما لان القضاء لا يسبق الوجوب **قوله** لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانما قلنا ان هذا قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر في الوصف والحكم اما في الوصف فلا نه يقال لاحدا لنصيبين حال والآخر مؤجل واما في الحكم فلان الساكت ان يطالب المديون بنصيبه في الحال والمؤخر لا والتسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين مخالفا للآخر وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لان القسمة (تميز)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في المشترك)

والاستيجار بنصيبه قبض

تميز وما في الذمة لا يتصور فيها التمييز ولان في القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يملكه عليه و تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل آخر قصد او الانتقال على الاوصاف محال والدين وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة والغرق لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين الابرأء الموت والمؤبد حيث قالوا بصحة الابرأء هو انه لا يبقى نصيبه بعد الابرأء اصلا والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما وفي التأخير بقي نصيب كل واحد منهما في اصل الدين على حاله حتى ان الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الاجل كان للمؤخر ان يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما ولان في التصرف المؤخر اضرار ابشر بيه واحد الشريكين اذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب احد الشريكين في العبد نصيبه كان للآخر ان يبطل الكتابة وههنا في التأخير ضرر دون الابرأء بيان ذلك انه يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه اذا اخر نصيبه ثم استوفى الآخر نصيبه فهو يشاركه عند حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى يكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف الابرأء اذ ليس فيه اضرار بشريكه لانه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك *

قوله والاستيجار بنصيبه قبض صورة المسئلة ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فاستأجر احدهما بنصيبه من الالف دارا من الغريم سنة وسكنها فاراد شريك المستأجر اتباعه فانه له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عد له منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها حتى لم يثبت الحيوان دين في الذمة بدلا من المنفعة كما في غيرها من الاموال وروى ابن سماعه (عن)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في الدين المشترك)

وكذا الا حراق عند محمد رح خلا فالابي يوسف رح والتزوج به اتلاف
في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد *

من محمد رح هذا اذا استأجر احدهما بخمسمائة اي مطلتا من غير اضافة الى نصيبه
من الدين ثم صار فصا بنصيبه فاما اذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر ان يرجع
عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المتفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل
نصيبه المتفعة لا يضمن باعتبار ما لا مطلقا لشریکه *

قوله وكذا الا حراق عند محمد قبل صورة المسئلة المختلف فيها ما اذا روى بالنار على ثوب
المديون فاحرقه واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشریک ان يتبع المحرق بالا جماع
لانه ح يكون الاستهلاك بعد الغصب **قوله** والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية اي
التزوج بنصيبه من الدين اتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج وانما قيد بنصيبه لانه
لو تزوج احد الشريكين المديونة على خمسمائة ونصيبه خمسمائة ولكن لم تضاف الى الدين
فان ثمة يتبع الساكت الزوج لان الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق امتصاصه فيرجع الساكت
عليه ولا كذلك اذا صاف العتد الى الدين لان النكاح تعلق به فيسقط بنفس القبول فصار
بمنزلة الابراء وهما لا يتبع فكذا هنا وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشرع
ابي يوسف رحمه الله ان للآخر ان يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لان
التزوج بالدين المشترك قبض لان التزوج وان كان به لفظا لكنه بمثله معنى فصار
كتزوجهما بخمسمائة والفرق على ظاهر الرواية انه متى تزوجهما على نصيبه من الدين
لم يفر الزوج مقتضا نصيبه من الدين لانه تعلق النكاح بعين الحصة لان النكاح منى اضيف
الى دين في الذمة بتعلق النكاح بعين المضاف اليه وصار ذلك ملكا لها بالنكاح ثم يسقط عن ذمتها
عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والابراء بخلاف ما لو تزوجهما بخمسمائة **قوله** وكذا
الصلح من جناية العمد اي جنى احد الشريكين على المديون عمدا نصالحه عنها على نصيبه (قوله)

قال وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ر ح وقال أبو يوسف ر ح يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون وبما إذا اشترى عبداً فقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شري العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا يتقرر أحدهما برفعه ولأنه لو أجاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه

قوله وإذا كان السلم أي المسلم فيه بين الشريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ر ح وقال أبو يوسف ر ح يجوز الصلح والحاصل أنه يتوقف الصلح عندهما على إجازة صاحبه فإن أجاز نفذ عليهما كأنهما صالحا أو كان ما قبض بينهما وما بقي من السلم بينهما وإن رده بطل أصلاً وبقي الطعام كله بينهما وعند أبي يوسف ر ح الصلح جائز بين المصالح والمسلم إليه ما إن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده ثم أحذر بي الدين إذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح ويخير الآخرين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين كذلك ههنا **قوله** بخلاف شراء العين جواب لقوله وبما إذا اشترى عبداً فقال أحدهما أي الأقالمة في العين تصرف في الحكم في حالة البقاء وذلك يستغني عن العقد وهنا التصرف في إبطاله واقع في العقد وهو بنعقد بهما فلا يجوز أن يتفرّد أحدهما بإبطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال تبرّته إذ حالة الدين كحالة الوجود إلى أن يقبض والحكم يقتصر إلى العلة ثبوتاً ولأنه لو جاز الصلح من أحدهما يؤدي إلى أن يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه وهذا لا يجوز كما لو تقابلا السلم ثم أراد أن يفسخ الأقالمة فإنه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لأن الآخر إذا اختار المشاركة في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركاً بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس (المال)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في التجارح)

قالوا هذا اذا اخطأ رأس المال فان لم يكونا قد اخطأنا فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق *

فصل في التجارح

واذا كانت الشركة بين ورثة فخرجوا احدى منهم بال اعطوه اياه والتركة عقارا و عروض جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا

المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والاقالة في باب السلم لا تحتمل الابطال *

قوله قالوا هذا اذا اخطأ رأس المال اي هذا الخلاف فيما اذا اخطأ رأس المال فان لم يكونا قد اخطأنا فعلى الوجه الاول وهو ما ذكرناه لوجاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة هو على الخلاف لان دلالة الوجه الاول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه وعلى الوجه الثاني وهو ما ذكرناه لوجاز بشاركه في المقبوض هو على الاتفاق اي جوابهما ههنا كجواب ابي يوسف رح لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة ههنا اذ لم يكن بينهما شركة فيما تقدم من رأس المال والصحيح ان الخلاف في الفصلين ثابت الا ان عدم جواز الصلح فيما اذا اخطأ بعلنين وفيه اذ لم يخطأ بعللة واحدة وذكر في الاوضح ان دعوى الاجماع فيه غير سديد لان الشركة في المقبوض انما تلزم من الشركة في دين السلم والشركة في دين السلم من اتحاد عقدهما وذلك ثابت لا يختلف بينهما اذا اخطأ رأس المال وبينما اذا تقدم كل واحد منهما نقدا على حدة والله اعلم *

فصل في التجارح

وهو من الخروج وهوان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم بشي معلوم وصورته امرأة ماتت وترك زوجا وبنتا واختا لاب وام ففي المسئلة الربع والنصف والباقي والتركة دنانير (و)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في التخرج)

لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضه فانه صالح تماضر الا شجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه من ربع ثمنها على ثمانين الف دينار **قال** وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهابا او كان ذهابا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر النسائي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح * وان كانت التركة ذهابا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة واثواب فصول الزوج على الاثواب والدانير يتقسم بين البنت والاخت على ثلاثة اسهم سهمان للبنت وسهم للاخت *

قوله لانه امكن تصحيحه بيعا انما تعين البيع فيه للجواز دون الابراء عما زاد من نصيبه لاننا لو قلنا بالابراء يلزم الابراء عن الاعيان الغير المضمونة وهو لا يصح فتعين البيع **قوله** وفيه اثر عثمان رضي الله عنه روي عن عمر ابن دينار ان احدي نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم اجمعين في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الف دينار **قوله** لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح الاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر وان اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون **قوله** لا بد من تجديد القبض وهو ان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه **قوله** فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس قال الحاكم ابو الفضل رحمه الله انما يبطل الصلح على مثل نصيبه او اقل من مال (الربوا)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في النخارج)

احترازا عن الربوا * ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه عرف
 في هذا التقدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا * ولو كان في التركة الدراهم
 والدنانير وبديل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى
 خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف **قال** وان كان في التركة دين
 على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل
 لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح * وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه
 ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاطا وهو تمليك الدين ممن عليه الدين
 وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين
 ضرر لبقية الورثة والا وحده ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين
 الربوا في حال التصديق واما في حال المذاكرة فالصلح جائز لانه يعطى المال لدفع الخصومة
 فلا يتمكن فيه الربوا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربوا *
قوله احتراز عن الربوا لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق البراءة لان البراءة عن الاعيان
 باطل لان الاسقاط استعمل في الديون لا في الاعيان وههنا عين فتعين تجويزه بطريق
 المعاوضة ولا يمكن ههنا لانه يبقى شيء من التركة بلائس في ضمن المعاوضة فيكون ربوا
 فلا بد من ان يزيد على نصيبه حتى ينتفي الربوا **قوله** ويكون الدين لهم فالصلح باطل
 اي في الكال في الدين والعين جميعا واما في حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من
 عليه الدين واما في حصة العين فلان الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين ايضا
 لاتحاد الصنفين وهذه المسئلة يرد نقضا على ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا سلم
 حنطة في شعير وزيت فانهما قالوا لا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا افسدا
 في الكل وقيل في الفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحرو والقن وقيل بطلان
 الصلح في العين قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يبقى العقد صحيحا في ما وراء الدين
قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء * (قوله)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في التخرج)

ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربو او قبل يجوز لانه شبهه الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عندهم والاصح انه يجوز لانها لا تنضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان علي الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم جهة الميت او فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رح في القسمة انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا *

قوله ويحيلهم اي المصالح بقية الورثة على استيفاء نصيبه اي نصيب المصالح من الدين **قوله** قيل لا يجوز لاحتمال الربو هو قول الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما كان فيه من احتمال الربو بان كان في التركة مكيلا او موزونا ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر رحمه الله تعالى يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار في فتاوى قاضي خان رحمه الله والصحيح ما قاله الفقيه ابو جعفر رحمه الله لان الثابت ههنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر **قوله** والاصح انه يجوز لانها لا تنضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المنضية الى المنازعة مانعة الا ترى انه لو باع قفيزا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة وكذلك لو باع المغصوب منه المغصوب للغاصب والغاصب لا يعلم مقداره يجوز البيع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فينضي الى المنازعة **قوله** وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا ويجوز قياسا قال شيخ الاسلام (رحمه الله)

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صغرا اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف ليستظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلعم والناس يباشرونه فقررهم عليه

رحمة الله في المسئلة هذه المسئلة على وجهين اما ان الدين مستغرق او غير مستغرق ففي الاول لا يقسم لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة عندنا ولهذا لا يقسم وفي الوجه الثاني فالتباس ان لا يقسم ولكن توقف الكل في الاستحسان بحس قدر الدين للغرماء ويتقسم الباقي فيما بينهم بناء على ان الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يملك الوارث في التركة ام لا فالتباس ان لا يملك الوارث شيئا في التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان يملك التركة حتما لو كان الموروث جارية حل له وادائها استحسانا نفيا للضرر عن الورثة لان التركة لا تخلو عن نليل الدين واذا ملكوا جميع التركة استحسانا كان يجب ان يقسم الكل بينهم الا انه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض قضائه والله اعلم *

كتاب المضاربة

هي متاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني بالضرب السفر للتجارة وفي الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر وركبها الايجاب والقبول كما اذا قال رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاومة بالنصف ويقول المضارب قبلت او ما يؤدى هذا المعنى مثل ان يقول خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو (بيننا)

وتعاملت به الصحابة رضه * ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر ماله
لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر ماله * واذا ربح فهو شريك
فيه لتسلطه جزءا من المال بعمله * فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر
مئله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره *

قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومرادة الشركة في الربح وهو
يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى
ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا *

بيننا نصفان او على ان لك ربعة وخمسة عشرة وشرطها ان يكون رأس المال من الاثمان فلا
الا بالمال الذي يصح به الشركة كما مر منه وحكمها حكم انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب
قوله وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين روي أن العباس رضي الله عنه
دفع المال مضاربة وشرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واد ياولا يشتري به
ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فاستحسنه وكان
حكيم بن حزام هكذا كان يشترط عند دفع المال مضاربة وروي عن عبد الله وعبيد الله بن
عمر رضي الله عنهم قدما العراق ونزلا على ابي موسى الاشعري فقال لو كان عندي
فضل مال لا كرمتمكما ولكن مال من بيت المال فابتاعا به واذا قد متما المدينة فادفعوا الي
امير المؤمنين ولكما ربحه فلما قدما عمر رضي الله عنه فقال هذا مال المسلمين فربحه لهم فسكت
عبد الله وتكلم فيه عبيد الله حتى قال بعض الصحابة جعلها بمنزلة المضاربين لهما نصف الربح
وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد ربح قال كان لنا مال عند
عائشة رضي الله عنها وكانت تدفعه مضاربة فبارك الله لنا فيه لسعيها وكان عمر رضي الله عنه
يدفع مال اليتيم مضاربة **قوله** لا على وجه البذل احتراز عن المقبوض على سوم الشري
قوله والوثيقة احتراز عن الرهن **قوله** ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة في الربح * (قوله)

قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل * ولودفع اليه عروضاً وقل بعه واعمل مضاربة في تمهله جاز لانه يتقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عندنا يحنيفة رح لا يصح هذا التوكيل

قوله يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون رأس المال ذراعهم اودنا عندنا يحنيفة وابي يوسف رح او فلو سارا نجة عند محمد رحمه الله حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا تجوز اجماعاً واحداً صلى الله عليه وسلم ان العروض لا تصلح لرأس المال في المضاربة عندنا خلافاً لما لك رح وكذلك الكبي والوزني بخلاف ابن ابي ليلى وقال مالك رح المضاربة بالعروض تصح لان العرض مال متقوم يترجم عليه بالتجارة عادة فيكون كالقيد فيما هو المقصود بالمضاربة وكما يجوز بقاء المضاربة على العروض يجوز ابتداءها بالعروض لكن استدلال بهي النبي عليه السلام عن ربح مالم يضمن والمضاربة بالعروض تؤدي الى ذلك لانها امانة في يد المضارب وربها يرتفع قبستها بعد العقد فاذا باعها حصل الربح ويستحق المضارب نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف الشد فانه يشتري به وانما يقع الشراء بثمن مضمون في ذمته فما يحصل يكون ربح ما قد ضمن وقال ابن ابي ليلى هي جائزة فيما اذا كان رأس المال مكيلاً او موزوناً ايضاً كما في النقود لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصيل رأس المال بمثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما وحجتنا ما ذكرنا انه يؤدي الى ربح مالم يضمن وانه منهي **قوله** لانه يقبل الاضافة لانا ان اعتبرنا الوكالة او الودعة او الاجارة فليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون المضاربة مضافة الى ثمن العروض والتمن يصح به المضاربة وكذا قوله اقض مالي على فلان لانه اضاف المضاربة الى حالة القبض وفي تلك الحالة يصير الدين عيناً وانما شرط كون رأس المال عيناً لان المضاربة لاستعمال المال وانما يتصور ذلك في العين ولان (١)

على ما صرف في الوكالة وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض *
قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة
 من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة *
قال فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده فله لا يربح إلا هذا القدر فتقطع
 الشركة في الربح وهذا لأنه ابتغى عن منفعته عوضا ولم ينل لفساده والربح
 لرب المال لأنه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة
 ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله

المضارب أمين ابتداء ولا يتصور أن يكون امينا فيما عليه من الدين مضمون على المديون *
قوله على ما صرف في البيوع أي في بيع الوكالة وهي باب الوكالة بالبيع والشراء
 من كتاب الوكالة وهو قوله ومن له على آخر ألف فامره أن يشتري بها هذا العبد إلى آخره
 فعلى هذا معنى قوله اعمل بالدين الذي في ذمتك أي اشتري بالدين الذي عليك ما بدأ لك
 من المتاع ثم بعه بالنصف فهذا فاسد لأن صحة المضاربة أن يكون رأس المال عينا ولم يوجد
 ذلك عند العقد ولا بعده فالمديون لا يكون قابضا للدين من نصفه لصاحبه وصاحب الدين
 لا يملك أن يبرئه عن الضمان مع بقاءه بدون القبض وإذا لم تصح المضاربة فما اشتراه
 المديون فهو له ولا شيء لرب المال منه عند أبي حنيفة رحمه الله عليه بحاله وفي قولهما
 ما اشترى فهو لرب المال والمضارب بريء من دينه وله على رب المال أجر مثله فيما عمل
 وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع **قوله** وأن شرط زيادة عشرة هذا تفسير للمسئلة المتقدمة
 يعني إذا قال على أن ما رزق الله في ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة والباقي من الربح
 بيننا نصفان فهذه مضاربة فاسدة لأن هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله
 وربما لا يربح إلا مقدار العشرة **قوله** ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف رحمه الله يعني بالقدر
 المشروط ما وراء العشرة المشروطة لأن ذلك يغير المشروع فجري وجوده مجرى عدمه * (قوله)

(كتاب المضاربة)

كما بينا في الشركة ويجب الاجروان لم يربح في رواية الاصل لان اجرا الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجدو عن ابي يوسف رحمه الله لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسد ولا ختلال متصودة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط

قوله كما بينا في كتاب الشركة اي في شركة الاحتطاب والاحتشاش **قوله** اعتبارا بالمضاربة الصحيحة لان العقد الفاسد يورث حكمه ابدان العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد وجه ظاهر الرواية ان الفاسد انما يعتبر بالاجزاء اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الاجزاء لبيع وهذا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة لا شركة وانما اعتبر الفاسد بالصحيح في حكم عدم الضمان لان الاجارة توافق الشركة في حكم عدم الضمان **قوله** ولا ندعين متسأجرا في يده اي ولانه عين استأجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الواحد وكمن استأجر رجلا ليعمل المستأجر فان مر في يد الاجير كانه عين مستأجر حتى اذا هلك لا ضمان عليه فكذلك ههنا وذكر ابن سماعه عن محمد رحمه الله انه ضامن للمال وقيل المذكور في الكتاب قول ابي حنيفة رح وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه فكذلك الحكم في كل مضاربة فاسدة وهذا قول الطحاوي رح وما ذكر في الكتاب بان المال في المضاربة غير مضمون بالهلاك قول الفقيه ابي جعفر الهندي واني والفرق لهما بين الاجير المشترك وبين المضارب في المضاربة الفاسدة على قول الفقيه ابي جعفر ان مال المضاربة الفاسدة غير مضمون بالاتفاق والذي مند الاجير المشترك مضمون عندهما هو ان المضاربة متى فسدت فهي اجارة معنى من حيث ان المضارب يتغني بعمله عوضا **قوله** مع انها فوقها اي في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح **قوله** وكل شرط يوجب جهالة (في)

كأشراط الوضعية على المضارب **قال** ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب لا يد
 لرب المال فيه لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه وهذا بخلاف الشركة لأن
 المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال
 العامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد
 لأحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص
 يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير
 عاقدا كالصغير لأن يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين
 واحد شريك العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقدا
 واشتراط العمل على العاقدة مع المضارب وهو غير مالك يفسده أن لم يكن من أهل المضاربة فيه
 في الربح يفسد لأن الربح هو المعقود عليه وجهه المعقود عليه توجب فساد العقد نحو أن يعتقد
 عقد المضاربة بشرط أن يدفع المضارب أرضه سنة إلى رب المال ليزرعها رب المال أو يدفع
 دارة إلى رب المال يسكنها سنة ففسد المضاربة لأنه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة
 الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح بخلاف ما إذا عقد عقد المضاربة بشرط أن يدفع
 رب المال أرضه إلى المضارب يزرعها سنة أو على أن يسكن دارة سنة فالشرط باطل والمضاربة
 جائزة لأنه الحق بها شرط فاسد فبطل الشرط كذا في الإيضاح وكذلك لو رد في الربح أيضا
 يفسد المضاربة نحو أن يقول بشرط أن يكون لك ثلث الربح أو نصفه لجهالة في الربح *.

قوله كأشراط الوضعية على المضارب الوضعية اسم لجزء مالك من المال وكذلك اشتراط
 الوضعية عليهما يفسد أيضا **قوله** وشرط العمل على رب المال مفسد حكى القاضي الإمام
 عاصم العامري من الفقيه محمد بن إبراهيم الضرير رحمهما الله إذا شرط رب المال لنفسه
 أن يتصرف في المال بانفرادة متى بدأه وإن يتصرف المضارب في جميع المال بانفرادة
 متى بدأه جازت المضاربة وإنما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضاربة إذا شرط العمل
 جملة لأنه حينئذ لا يصير المال مسلما إلى المضارب كذا في الذخيرة **قوله** أو غير عاقدة (كا)

(كتاب المضاربة)

كما أذن بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما
فكذا اشترط عليهما بجزء من المال **قال** وإذا صححت المضاربة بطلت جاز للمضارب أن يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويضع ويودع لا طلاق العقد والمتصور منه الاسترباح ولا يحصل
إلا بالتجارة فينظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا
أريد أع والاصاع والمسافرة لا ترى أن المودع لئان يسافر المضارب أن يبيع كيف وإن المنظر
دليل على أنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السيرة عن أبي يوسف راجح أنه ليس لئان يسافر
وعنه عن أبي حنيفة راجح أنه أن دفع في بلدة ليس لئان يسافر لئان تعريض على الهلاك
من غير ضرورة وإن دفع في غير بلدة لئان يسافر إلى بلد لئان هو المراد في الغالب والظاهر
ما ذكر في الكتاب **قال** ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول لها عدل بئرانك

كما صغيره لأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عدل الصغير لأن الصغير إذا كان
مالكاً كانت يده على المال بجهة الملك كالمكبر فبقاء يده يمنع كونه مسلماً إلى المضارب *
قوله كما أذن إذا دفع المال أذن ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب لم يجز لأن
يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يده نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى
التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل
أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشترط عليهما أي اشترط العمل
عليهما بجزء من المال أي بجزء من الربح لأن كل مال يجوز أن يكون المرأ فيه مضارباً
وحده جاز أن يكون فيه مضارباً مع غيره وهذا لأن تصرف الأب أو الوصي رافع للصغير
حكماً بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التولية من قبل
الصغير لأنه رب المال وقد تحققت **قوله** مطلقه أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة
قوله وعن أبي يوسف راجح أنه ليس لئان يسافر به هذا فيما له حمل ومؤنة بناء على قوله
في الوديع كذا في المبسوط **قوله** وإن دفع في بلدة أي في بلد المضارب **قوله** لأنه هو المراد (في)

لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التخصيص عليه، او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فلم التوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برائك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقتراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برائك لان المراد منه النعيم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقتراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والمخاطبة بال نفسه فيدخل تحت هذا القول *

قال ان خص له رب المال التصرف في بلد بعيد اوفي سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه ترك كماله وفي التخصيص فائدة في تخصص وكذا اليس له ان يدفع بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره *

في الغالب لان الظاهر والغالب ان الانسان يرجع الى وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه الدليل على الرضاء بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه *

قوله لان الشيء لا يتضمن مثله هذا بخلاف المستعير والمكاتب فانهم لا يملكان الا عارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهو لا يتصرفان لحكم المالكين لا لحكم النيابة اذا المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يداو المضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التخصيص عليه او التفويض المطلق اليه **قوله** فلا يحصل به الغرض وهو الربح اي بالتقراض لان المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط او غيره وهذا بخلاف الايداع فان المضارب يملكه وان لم يحصل به الربح لان في الايداع حفظ المال وهو من صنيع التجار **قوله** فيدخل تحت هذا القول اي تحت قوله اعمل برائك **قوله** وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه هذا احتراز عن سوق بعينها فان ذلك غير مقيد حتى جاز له ان يتجاوز التي عينها الا اذا عرج التخصيص بطريق النهي فقال لا تعمل في غير هذه السوق فيخصص **قوله** وفي التخصيص فائدة (و)

(كتاب المضاربة)

قال فان خرج الى غير تلك البلد واشترى ضمن وكان ذلك لدوله ربحه لانه تصرف
بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي النبي عنها بري من الضمان كالمودع
اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبنائه في يده بالعقد السابق
وكذا اذا ارد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة
ما قلنا ثم شرط الشري ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس
الاخراج والصحيح ان بالشري يتقرر الضمان لنزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه
اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشري للقرار لا لاصل الوجوب وهذا
بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التبيد لان المصر مع
تباين اطرافه كبتعة واحدة فلا يتبدل التبيد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق
ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على
ان تعمل كذا وفي مكان كذا او كذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة

وهي صيانة ماله عن خطر الطريق وصيانة ماله عن خيانتا المضارب حيث امكنه المنع عنها
واختلاف الاسعار باختلاف البلدان والمضارب مادام في المصر لا يستحق العقد في مال المضاربة *
قوله واشترى ببعضه اي وقد كان اشترى ببعضه في المصر الذي عينه **قوله** ما قلنا اشارة
الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق **قوله** الا اذا صرح بالنهي لان الدلالة لا تعارض
الصريح وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون اذنا بالتناول اما اذا صرح بالنهي لا يباح
التناول **قوله** ومعنى التخصيص ان يقول ما يفيد التخصيص من الالفاظ الستة رفعت
اليك المال مضاربة على ان يعمل به بالكوفة او يعمل به بالكوفة بالحزم او يعمل بالرفع
او اعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد لفظان دفعت
اليك مضاربة بالنصف واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة فإضاطة ان رب المال مني
ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبينا على ما قبله تجعل (مبنيا)

لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الغاء للوصل او قال خذ به بالنصف بالكوفة لان الباء للاتصاف اما ان قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال علي ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقيد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال علي ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع ما لا في الصرف علي ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقيد بالمكان وفائدة الثاني التقيد بالنوع مبينا عليه كفا في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يني علي ما قبله ويجعل مبتدأ كفا في اللغتين الآخرين وح يكون الزيادة مشورة *

قوله لانه تفسير له الكلام المبهم تعقيد تفسير الحكم لانه التقدير وقوله فاعمل به في معنى التفسير ايضا لان الغاء للوصل والتعقيب والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه انه تفسير وكذلك لو قال خذ به بالنصف بالكوفة لان الباء للاتصاف فيقتضي ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل بالمال وانما يحقق الصاقه بالكوفة اذا عمل بهادون غيرها اما اذا قال خذ مضاربة بالنصف واعمل به في الكوفة فله ان يعمل به حيث شا لان الواو للعطف والشي لا يعطف على نفسه وقد تكون الابتداء وقوله خذ مضاربة بالنصف واعمل به عطف او ابتداء فيكون مشورة لا شرطاً فان قيل لم لا يجعل قوله واعمل به حلاً كما في قوله ادالي الفا وانت حر قلنا قوله واعمل به لا يصلح للحال بخلاف قوله وانت حر لان العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ علي انا نقول الواو تستعار للحال مجازاً فصارية للحاجة الي تصحيح الكلام والكلام صحيحها باعتبار الحقيقة فلا حاجة الي حملها على المجاز **قوله** لان فائدة الاول التقيد بالمكان لانه فائدة في تقيده باهل الكوفة لان اهل الكوفة على آراء مختلفة وطبائع متفاوتة كما كان عليه اهل سائر البلدان وهم بجملتهم لا يتفقون في حسن المعاملة فلا يفيد التخصيص بهم وفي التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال فيتبد به وفائدة الثاني التقييد بالسرع لانه لما لم يخص (المعاملة)

هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك **قال** وكذلك ان وقت المضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضبدلانه نو كمال فيتوقف بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقيد بالزمان نصا وكالتقييد بالنوع والمكان **قال** وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقراءة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعنته وله الا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالتقبض كشرى الخمر والشرى بالامانة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المتصور **قال** ولو فعل صار مشترى بنفسه دون المضاربة لان الشرى منى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كوكيل بالشرى اذا خاف **قال** فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه وينسب نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المتصور وان اشترى هم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشترى بالعبد فيضمن بالتقدم مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذا شركته فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشرى عتق نصيبهم منهم ملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء ثبت من طريق الحكم فصار المعاملة بشخص بعينه بل خص من يعامل ذلك النوع في معاملته وهم الصيارفة علم بهذا ان مرادة تخصيص بيع الصرف لا الشرى من الصيارفة *

قوله هذا هو المراد عرفا اي بالاول والثاني **قوله** لقراءة او غيرها كالمحلول بعنته **قوله** لان العقد وضع لتحصيل الربح اي عقد المضاربة بخلاف الوكالة فان الوكيل بشرى العبد مطلنا بالف درهم يملك ان يشتري بها عبد يعتق على موكله بالقراءة او باليمين ولا يصير مخالفا لان الوكالة مطلقة والمضاربة مقيدة بشرى شيء يحصل فيه الربح بالبيع فاذا اشترى ما لا يقدر على البيع فقد خالف حتى لو قال في الوكالة اشتر لي جارية او عبدا بالف درهم ابيعه فاشترى عبد يعتق عليه صار مخالفا ولا فرق بينهما حينئذ **قوله** بخلاف البيع الفاسد اي يدخل البيع الفاسد في المضاربة كما اذا اشترى عبدا او ثوبا بخمرا وخنزيرا لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المتصور **قوله** على الاختلاف المعروف (اي)

كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماله عندة فيسعى فيه كما في الوراثة **قال** فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف مائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لغتد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فتغذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة

اي يفسد نصيب رب المال عند ابي حنيفة ح ويعتق عندهما بناء على تجزي الاعتاق وعدمه * **قوله** كما اذا ورثه مع غيره صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وترك زوجا وَاخا **قوله** ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه اي من العبد وهو رأس المال ونصيبه من الربح **قوله** والمدعي موسر قيد به لان ضمان الاعتاق انما يكون اذا كان المعتق موسرا ودعوة المضارب اعتاق في حق الولد فينبغي ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه **قوله** حملا على فراش النكاح بان يزوجهامنه يائجهما **قوله** كمال المضاربة اذا صار اعيانا اي اجناسا مختلفة حقيقة او حكما حتى لو كان اعيانا من جنس واحد كل عين يساوي رأس المال يظهر الربح كما اذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوي الفا ورأس المال الف كان له ربعها حتى لو وهب لرجل وسلمه اليه صح اما العبد فعند ابي حنيفة رحمه الله اجناس مختلفة لفحش التفاوت في المعاني الباطنة وعندهما كذلك الا ان يرى القاضي الصلاح في الجمع او يتراضوا على ذلك فحينئذ يجمع فان قيل لماذا لا يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لما ان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فيجب ان يبقى كذلك قلنا ان تعينها كان لعدم المزاحم لانها (رأس)

لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا
 اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقتربحرية عبد غيره ثم اشترى فاذا صححت الدعوة
 وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد لان
 عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا يصنع له فيه وهذا ضمان اعتاق
 فلو ادعى النعدي ولم يوجد وله ان يستسعى الغلام لانه احتسبت ماله عند ربه ان يعتق
 لان المستسعي كالمكاتب عند ابي حنيفة ربح ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان
 الالف مستحق برأس المال والخمسة مائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار
 ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما
 استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء فظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت
 دعوة صحبة لاحتمال الفراش الثابت بالسكاح وتوقف نفاذها لنقد ملك فاذا ظهر الملك
 نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية بقاء ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك

رأس المال وراهم وبعد الولد تحققت المزا حمة فذهب تعيينها لرأس المال ثم انما لا يتعين
 احد هما لرأس المال لان احدهما ليس باولى من الآخر للتعين لرأس المال *

قوله لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك لان
 صحة الانشاء محتمل تعتمد قيام المحلية في الحال وصحة الاخبار تعتمد احتمال المخبرية
 في الزمان الماضي وههنا ممكن المخبرية لاحتمال ان يكون على الفراش لصحة دعوته
 ظاهر فينفذ عند وجود الشرط **قوله** ولا يصنع له فيه اي في الملك لانه حصل بزيادة القيمة
قوله كالمكاتب عند ابي حنيفة ربح اي يقبل الاعتاق كما يقبل المكاتب **قوله** فظهر ان
 الجارية كلها ربح وانما لم يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لان ما يجب على الولد
 من جنس رأس المال وانه مقدم في الاستيفاء فكان تعيينه لرأس المال اولي وما صارت الجارية
 ربحا فعقرها الواجب على المضارب يصير ربحا ايضا فيكون بينهما * (قوله)

وضمن التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ووراثته
يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على مامر *

باب المضارب يضارب

قال اذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع
ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فان اربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح وقال اذا عمل به ضمن ربح اولم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رح
يضمن بالدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه
الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يبي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعد ايداع
والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن
كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول
وان عمل الثاني لانه اجبر فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن
الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن

قوله وضمن التملك لا يستدعي صنعا لان ضمان التملك يرجع الى المحل فيستوي
فيه التعدي وغيره كالتائم اذا انقلب على شيء وتلفه **قوله** ثم ملكها هو وغيره ووراثته كالاخ
تزوج بجارية اخيه فمات المولى وترك التجارة بين الزوج واخ آخر يملكها الزوج
ويضمن نصيب شريكه لانه ضمان الملك **قوله** بخلاف ضمان الولد لانه ضمان اعتاق
فلا بد من التعدي ولم يوجد **قوله** على مامر اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيئا
من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه *

باب المضارب يضارب

قوله وان كانت فاسدة اي المضاربة الثانية دل عليه قوله لانه اجبر فيه والحكم لا يختلف (بين)

(كتاب المضارب باب المضارب بضارب)

بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عند جماهير وكذا عند ووجه الفرق بينهما هذه وبين مودع المودع

بين ما اذا كانت الاولى فاسدة او الثانية او كلتا هما وفي الذخيرة وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربة ان جائرتين فاما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما حتى لو هلك المال في يد الثاني فلا ضمان لان الضمان على الاول بسبب اشتراك الثاني في الربح واذا كانتا فاسدتين فما اثبت الاول للثاني شركة في الربح بل استأجر الثاني ليعمل في مال المضارب والمضارب اذا استأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة فعلى الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذلك ان كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لان الثانية اذا كانت فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح بل يكون اجيرا والمضارب ان يستأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة وكذلك ان كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة لان الاولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة ايضا لانها لا تنفذ الشركة في الربح لان الربح كله لرب المال اذا كانت الاولى فاسدة فلا تنفذ الثانية شركة في الربح وكل مضاربة لا تنفذ الشركة في الربح تكون فاسدة فاذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح والضمان انما يجب اذا ثبت للثاني شركة في الربح فان قيل اذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الاولى لا يثبت هذا القسم وهو ما اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة فلنا المراد من جواز الثانية في هذه الصورة كون المشروط للثاني من الربح مقدار يجوز المضاربة به في الجملة بان كان المشروط للاول من الربح مائة او نصف الربح مع زيادة مائة والمشروط للثاني نصف الربح او ثلثه *

قوله بناء على اختلافهم في مودع المودع اذا اودع رجل ودیعة واودع المودع عند آخر وهلك في يد الثاني لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كما في المضارب الثاني عنده لا يضمن وعندهما بخير رب المال *

(قوله)

ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صححت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط الا نذهبهم انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لاعلى الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له

قوله ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول لان على الاول حفظ المودعة فاذا دفع الى غيره يكون الثاني عاملا له بامر في القبض فينتقل عمله الى الاول فصار كانه حفظه بنفسه ولو هلك في يد الاول لا يجب الضمان فكذا اذا هلك في يد الثاني اما المضارب الثاني فعامل لنفسه في القبض لانه انما يقبضه لا كتساب الربح لنفسه فلا ينتقل عمله الى الغير **قوله** لانه عامل له اي لان المضارب الثاني عامل لأجل المضارب الاول فان قيل بين هذا وبين ما تقدم وهو قوله اما المضارب يعمل فيه لنفع نفسه تناقض ظاهر حيث جعل المضارب الثاني في حق عمل واحد عاملا لنفسه ولغيره قلنا نعم كذلك الا ان ذلك بحسب اختلاف الجهة لما ان المضاربة مشتملة على عقود وذلك المضارب عامل لنفسه بسبب شركة في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتداء مودع المودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع وتسمية الشيء الواحد باسمين بسبب اختلاف الجهة لا يكون تناقضا كشخص له اب وابن يسمى ذلك الشخص بالاب والابن بحسب اختلاف الجهة ولا يكون تناقضا **قوله** وان ضمن الثاني يرجع على الاول بالعقد يعني بسببه وصحت المضاربة فان قيل المالك لو اختار تضمين المرتهن من الغاصب يرجع المرتهن على الراهن بما ضمن ولم ينفذ عقد الرهن قلنا الرجوع على الراهن انما يكون باعتبار التسليم الذي وجد بعد العقد فلم ينفذ العقد السابق وعقد الرهن لازم فيعطى لبقائه حكم ابتداءه فلا يثبت الملك سابقا على عقد الرهن فلا ينفذ بخلاف المضاربة فانه عقد جائز فلا يعطى لبقائه حكم ابتداءه فصار كما لمجدد للعقد بعد اداء الضمان *

(قوله)

(كتاب المضارب باب المضارب يضارب)

كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما
 شرط لان قرار الضمان على الاول فكانه صمته ابتداء ويطيب الربح الثاني ولا يطيب
 للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خيب في العمل والا على يستحقه بملكه المستند باداء
 الضمان فلا يعري عن نوع خيب **قال** واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان
 يدفع الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان مارزق الله
 فهو بيننا نصفان فرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان
 الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة مالك ورب المال شرط لنفسه نصف
 جميع مارزق فلم يبق الاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر
 ثلث الجميع الثاني فيكون له لم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول
 كمن استوجر على خياط ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على
 ان مارزقك الله فهو بيننا نصفان فله المضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب
 المال نصفان لانه فوض اليد التصرف وجعل لنفسه نصف مارزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون
 بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافتروا ولو كان قال له فماربحت من
 شيء فيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب
 المال لان الاول شرط الثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد
 جعل رب المال لنفسه ماربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان مارزق
 الله تعالى فلي نصعد او قال فما كان من فضل فيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة
 بالنصف فرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل
 لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف الثاني الى جميع نصيبه فيكون الثاني
 بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله *

قوله كما في المودع اي مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب المودع **قوله** فلا يعري آه
 لانه ثابت من وجه دون وجه فمن حيث انه لا ملك له تمكن الخيب فيه فيكون سبيله التصديق * (قوله)

وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح ولرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن لنا السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غرة في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخبياطة ثوب بدرهم فدفعه اليه من يخطيه بدرهم ونصف *

فصل

واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ونفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يد معتبرة خصوصا اذا كان مآذونا له واشترط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخليه بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صححت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى *

قوله وهو سبب الرجوع اي الغرور في العقد سبب الرجوع وانما قيد بالغرور في ضمن العقد لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن وهو ليس بأمن فدخل فيه فقطع الطريق عليه قاطع الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه والله اعلم *

فصل

قوله لعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه التقييد لعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد للمولى فيمنع التخليه فقال هو جائز اي سواء كان على العبد دين او لم يكن لان عبد رب المال في حق المضاربة كعبد اجنبي آخر ولا يمنع التخليه لان للعبد يد معتبرة **قوله** ولهذا لا يكون للمولى اخذ ما اودعه العبد اي اذا كان غائبا **قوله** وان كان محجورا عليه اي (عش)

(كتاب المضارب... باب المضارب يضارب... فصل في العزل والقسمة)

ولو عقد العبد المأذون عقدا المضاربة مع احبني وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة ربح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف *

فصل في العزل والقسمة

واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت المالك يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعباد بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان الحقوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وتبطل حقوقه بتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة ربح

عدا لا يداع وفي الذخيرة اذا شرط بعض الربح لعبد المضارب او لعبد رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربة جائزة والشرط جائز ايضا على كل حال وان لم يشترط عمل العبد مع ذلك ان لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب او عبد رب المال لانه تعذر تصحيح هذا في حق العبد لان الربح انما يستحق اما برأس المال او بالعمل او بضمان العمل ولم يوجد واحد من هذه الاشياء في حق العبد وامكن تصحيحه في حق مولاه لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه اذ لم يكن عليه دين وان كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا يصح الشرط ويكون المشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة رحمه الله اذ كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف والله اعلم *

فصل في العزل والقسمة

قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام والعباد بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة هذا اذ لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد وهرب المال مسلما جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان (عقد)

لا نه بتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة
 - صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** فان عزل رب المال المضارب
 ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل
 قصد ان توقف على علمه وان علم بعزله والمال عدو عن فلان يبيعها ولا يمنعها العزل من ذلك
 لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبني على رأس المال وانما ينض بالبيع

عقد هذا المضاربة على ما شرط اما اذا لم يتصل قضاء القاضي بلحاظه فلان هذا بمنزلة الخيبة فلا
 بوجوب العزل ولا بطلان الاهلية وما بعد المحاق والقضاء به فالوكيل ينزل بخروج محل التصرف
 من ملك الموكل واما ههنا لا يبطل مكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في المبسوط *

قوله لانه يتصرف له اي لان المضارب يتصرف لرب المال **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد
 فالمضاربة على حالها اي في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع ورجع او وضع ثم قتل على
 رده او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط
 لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف
 نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال او هو متصرف
 في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا انفذ تصرفه والعهد في جميع ما باع واشترى
 على رب المال في قول ابي حنيفة رحمه الله لان حكم العهدة يتوقف برده وهذا لانه لو
 لزمته العهدة لكان قضاء ذلك من ماله ولا تصرف له في ماله فاذا تبحت العهدة عنه فان
 قتل على رده تعلق لمن انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا وكل بالشرى للغير
 وبالبيع وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة
 والعهدة عليه ويرجع بذلك على رب المال **قوله** لان له عبارة صحيحة لان صحة عبارته
 لا دميته ولا نقصان فيها بعد الردة لانه ينكلم عن عقل وتميز كما قبل الردة ولهذا لو اسلم صح اسلامه
قوله فلان يبيعها ولا يمنعها العزل عن ذلك ففي هذه المسئلة يخالف المضارب الوكيل ثم (ما)

(كتاب المضارب... باب المضارب يضارب... فصل في الغزل والقسمه)

قال ثم لا يجوز ان يشتري بئمنها شيئا آخر لان الغزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اذفعت حيث صار وقد افعل الغزل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجزله ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله انطال حذفي الربح فلا ضرورة قال رضى وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها *

قال وان التفرق بين المال ديون وفدرام المضارب فبه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالا حركه وان لم يرض له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض

ما لم ينعده عزل رب المال عن بيعها ما اك بيعها نقدا ونسيئة حتى لو نذاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة *

قوله فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت فان كان رأس المال دنانير وله دراهم او بالعكس له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لا بالعروض والقياس ان لا يجوز تصرفه ثموت المجانسة بينهما من حيث النسبة فصار كان رأس المال قد نض وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس رأس المال فصار كالعروض فضيض الماء خروجه من الحجر او نحوه وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب وانه خذ ما نض لك من دينك اي تيسر وتحصل وفي الحديث يقسمان ما نض بينهما من العين اي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناض عنده اهل الحجاز الدراهم والدنانير كذا في المغرب **قوله** وعلى هذا موت رب المال اي اذا مات رب المال والمال عروض فله ان يبيعها كما اذا عزله رب المال **قوله** ونحوها اي نحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والتدد دنانير او على القلب وان لم يكن في المال ربح وهوديون على الناس والمضارب يستنع من الاقتضاء يقال له وكل الورثة في الاقتضاء * (قوله)

والمشترع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكيل والمؤاد منه الوكالة وعليه هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة عادة **قال** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع او الى كذا يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله تراءى الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال

قوله والمشترع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به لا يقال انه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التي اخذ فينبغي ان يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما اخذ قلنا الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع فاذا احال به اي وكله فقد ازال يده عنه وعلى هذا كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستضع واما الذي يبيع بالاجر كالبيع والسمسار فانه يجعل بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة يجبر على التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله وهو كالمضارب اذا كان في المال ربح **قوله** وتوكله اي قبوله الوكالة من توكل اذا قبل الوكالة واذا دفع الرجل الى السمسار الف درهم وقال اشتر بها لي رطلين باحد عشرة درهما فهذا فاسد لانه استأجر بعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات والحبلة في جواز هذا هو ان يستأجره يوما الى الليل بالاجر معلوم لبيع له وليشتري له فهذا جاز لان العقد يتناول منافعه ههنا وهو معلوم ببيان المدة والاجبر قادر على ايفاء المعقود عليه الا ترى انه لو سلم نفسه اليه في جميع المدة استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع او شراء بخلاف الاول فان المعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بنفس التسليم اذا لم يتم العمل *

(قوله)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا
 ذلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه
 لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله واذا استوفى رأس المال فان
 فصل شي كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بيناه فلو افسد الربح وفسخ
 المضارب بغير عقد اها فهلك المال لم يتراد الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية
 عقد جديد فهلك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر *

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار
 فينظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف
 بين الناس ولهذ كان له ان يشتري دابة للركوب

قوله لان قسمة الربح لا يصح قبل استيفاء رأس المال لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال
 الى رب المال **قوله** لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له لتصور رأس المال بدونه وعدم
 تصوره بدون رأس المال **قوله** لما بينا اي لانه امين والله اعلم *

* فصل فيما يفعله المضارب *

قوله ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة
 لانه يوجب قصده عن المال والتصرف فيه فيضاد ما هو مقصود رب المال وهو كالا قراض
 الا ترى ان البيع بالنسيئة يعتبر من الثلث وكان بمنزلة التبرع ولنا انه من صنيع التجار
 وهو اقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فانه في الغالب انما يحصل بالنسيئة
 والدليل على ان البيع نسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى الا ان يكون تجارة حاضرة تديرونها
 بينكم فالآية تدل على ان التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك الا البيع بالنسيئة * (قوله)

وليس له ان يشتري سفينة للركوب ولان يستكرها اعتبار العادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار و**قوله** بالثمن اخر الثمن جائز لاجتماع امانتهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقابل ثم يبيع نسخته ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف ر ح فلانه يملك الا قاله ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الا قاله * ولو احتال بالثمن على الايسر والاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة **قوله** وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيد بقوله للركوب لان له شراء السفينة للبيع اذا لم يخص له رب المال التجارة في شيء بعينه **قوله** في الرواية المشهورة احتراز به عن ابي رستم عن محمد رحمه الله انه لا يملك الاذن في التجارة **قوله** اما عند هاهنا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله **قوله** فالمضارب اولى لان ولاية المضارب اعم لانه شريك في الربح او يعرضه ان يصير شريكا **قوله** الا ان المضارب لا يضمن فيه اشارة الى ان الوكيل يضمن **قوله** اما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه اي فلان المضارب يملك الا قاله ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك اي البيع بالنساء بعد الا قاله ولا يملك الا قاله ايضا عند ابي يوسف فلم يمكن ان يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الا قاله والبيع بالنسيئة بعد ها وتقريرة ان المضارب لما كان يملك الا قاله والبيع بالنساء بواسطة الا قاله امكن جعله بائعا ابتداء بالنسيئة بخلاف الوكيل فانه لما لم يملك البيع بالنسيئة بواسطة الا قاله لم يكن جعله بائعا ابتداء فان قيل ينبغي ان لا يكون للمضارب البيع بالنسيئة لان ذلك يوجب قصريته عن مال المضاربة والتصرف فيه فيكون ضد الما هو مقصود رب المال فيكون بمنزلة الاقراض الا ترى ان البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث وهذا قول ابن ابي ليلى قلنا البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل المقصود وهو الربح فالربح في الغالب انما يحصل بالبيع بالنسيئة دون النقد ولانه ما دون في التجارة مطلقا وهذا من التجارة **قوله** ولو احتال بالثمن اي قبل الحوالة بان باع المضارب (و)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعل المضارب)

وتوابعها وهو ما ذكرنا من جملتها التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهان والرهن لانه
اباء واستيفاء والاجارة والاستجار والايديع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع
لا يملكه مطلق العقد ويملكه اذا قبل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق
عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة التي غيره وخط مال المضاربة بماله
او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة
ولا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التمييز فمن هذا الوجه يوافقنا فيدخل فيه عند
وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله
اعمل برأيك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدينارين بعد
ما اشترى برأس المال السلعة وما اشبه ذلك لا يصير المال زائدا على ما اعتد عليه المضاربة
ولا يرضى به ولا يعمل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما
نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السلعة لان نوع من الاستدانة وكذا اعطاءه لانها قراض
والعتق بمال وبغير مال والمكة بدل اندليس بتجارة والا قراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض *

واجل بالدين جاز سواء كان المحتمل عليه ايسر في استيفاء الدين او اعسر *

قوله وتوابعها الايديع والابضاع **قوله** ومن جملتها اي ومن جملة باب المضاربة **قوله** وهو
الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدينارين بعد ما اشترى برأس المال سلعة لان الاستدانة
تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص عليه
وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة
اذا ليس لواحد منهما فيه رأس المال فيكون المشتري بينهما نصفين والدين عليهما نصفين
ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة
وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترط **قوله** وما اشبه ذلك اي من انواع
الاستدانة كما اذا اشترى سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الاف مثلا كانت حصة (الالف)

قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وضارب كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا **قال** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه قد تمت وصار المتصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكلا عند في التصرف والا بضاع توكيل منه فلا يكون استرداد بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا تصح لان المضاربة تعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى *

الالف للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لان الاستدانة نفذت عليه خاصة ومما اشبهه ايضا استيجار الدواب لنقل الامتعة بعد ما اشترى رأس المال وكذا الاستدانة لقسارة الثياب ومما اشبهه ايضا ان رأس المال لو كان الف درهم فليس له ان يشتري بالملكيل والموزون والمعدود لانه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة اما لو كان في يده درهم وشري بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كالجنس الواحد في الثمنية فصا ر كما لو كان ذلك الجنس في يده وانقول وما اراد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والدين عليه لا يقال هذا يؤدي الى خلط مال المضاربة بمال نفسه لان الاختلاط انما يثبت حكما لشرائه بالمالين لا بفعل من قبله فلا يعد خلافا وعلى تقدير قوله اعمل برأيك لا يحتاج الى هذا العذر فانه يملك الخلط *

قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة لا يتفاوت الحكم بين ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة اركه **قوله** والا بضاع (توكيل)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

قال وإذا عمل المصّارب في المصّر فليست نفقته في المال وإن سافر قطعاً منه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بأزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصّر ساكن بالسكنى الأصلي وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لأنه يستحق البدل لا مخالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في جيز التردد فلو انتفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة فأسدة لأنه اجير وبخلاف البضاعة لأنه متبرع **قال** فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبیت باهله فهو بمنزلة السوتي في المصّر وإن كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبه

توكيل منه فلا يكون استرداداً فإن قيل تفسير الابضاع ان يكون المال للبضع والعمل من الآخرو ههنا ليس للبضع مال فلم يصير بضاعة لعدم ركنه قلنا لانم ان تفسيره ذاك بل تفسير الابضاع هو الاستعانة ورب المال يصالح معينا لأنه اشفق الناس اليه تصرفاً فلما صح استعانة المضارب بالاجنبي أو ائى ان يصح استعانة برب المال فإن قيل الاجنبي يصلح معينا للمضارب لأنه عامل في مال غيره بامرة ورب المال يعمل فيما هو مال له فلا يصلح معينا الا ترى ان من استأجر خياطاً ليخط له ثوباً واستعان الاجير بالمستأجر في الخياطة فعمل المستأجر وهو الخياطة لا يتحول إلى الاجير حتى لا يتضي له بالاجرة فعلى هذا ينبغي ان لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب قلنا في المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعاً ومعنى الشركة فيها راجع حتى جازت من غير توقيت وكانت العبرة للشركة دون الاجارة وفي الشركة يجوز ان يستوجب احد الشركين بعض الربح بعمل صاحبه وان لم يعمل بنفسه *

قوله وهذا بخلاف الاجير اي لا يستحق النفقة وإن سافر **قوله** فلو بقي شيء اي من الثياب والطعام أو غيره **قوله** لانتهاء الاستحقاق اي بالرجوع إلى مصره كالحاج من الغير (إذا)

(كتاب المضارب ١٠٠٠ باب المضارب يضارب ١٠٠٠ فصل فيما يفعله المضارب)

وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج فيه اليه مادة كما أحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزة اعتبار للمتعارف فيما بين التجار **قال** واما الدواء ففني ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة راح انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به نصار كالنفقة وجد الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواءها في مالها *

قال واذا ربح اخذ ربح المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرا بحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالبة بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها *

اذا بقي شيء من النفقة في بده بعد رجوعه وكاملولى اذا بوأ أمته مع زوجها بيتانم نقلها للخدمة وقد بقي من النفقة شيء كان للزوج ان يسترد ذلك عنها *

قوله وهو ما ذكرنا اراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم **قوله** ومن نئب غسل ثيابه وفي الفوائد الظهيرية وما يحتاج اليه في غسل الثياب واجرة الحمام والحلاق في مال المضاربة وكان ينبغي ان لا يجب في مال المضاربة لان هذا مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقة ما لا بد للانسان منه في عموم الاوقات فيجب ان لا يكون واجبا كاجرة الحجام والفصاد الا ان نقول اوجبناه في مال المضاربة لانه من صنيع التجار فانهم يحلقون رؤسهم ويقصون شواربهم ينقون ثيابهم ليزداد رغبات الناس في مبيعاتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسيخ الثياب كان في عداد المفاليس والصعاليك فيقل معاملوه نصار اجرة الحمام والحلاق من جملة النفقة وكذلك ثمن الخرض والصابون **قوله** واجرة اجير يخدمه اي يخبز او يطبخ او يغسل الثياب **قوله** اخذ ربح المال من الربح ما انفق اي اخذ ربح المال من الربح ما انفق المضارب من رأس المال تنميما لرأس ماله **قوله** حسب ما انفق على (١)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

قال فان كان معه الف فاشترى بهائيا بافقصورها و حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانته على رب المال فلا ينتظمه بهذا المثلقال على مامر * وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ و حصة الثوب الابيض على المضارب به بخلاف القسارة و الحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يصبع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه *

المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصبغ يريد بهذا ان ما اتفق على المتاع يضم الى رأس المال و يبيع مراوحة على الكل حتى لو اشتراه بالف درهم واستأجروا با تحمله الى مصره بمائة درهم وانه يبيع بمراوحة بالف ومائة ولكن لا يقول اشترته بالف ومائة بل يقول قام علي بكذا *

قوله وان صبغها احمر التخصيص بالاحمر لان السواد نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله فاما سائر الالوان فمثل الحمرة **قوله** لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يصبع اذا صبغ المغصوب يعني اذا قصر الغاصب ثوب انسان بغير ان يزداد قيمته بقسارته كان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بغير عوض واما اذا كان الغاصب صبغه احمر واصفر لم يكن للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء اخذ الثوب وادعاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه **قوله** انتظامه الخلط يعني قوله اعمل برأيك ينتظم الخلط فانه يملك بهذا اللعظ اثبات الشركة بالخلط لانه يحتمل ان يحصل الربح بهذا السبب فكذا ينتظم فعل الصبغ لان الصبغ عين مال قائم والصبغ خلط مال المضاربة بهذا الصبغ فاذا بيع الثوب يصير شريكا في ثمنه بحصة ما زاد الصبغ فيه بخلاف القسارة والحمل فانه ليس بمال قائم حتى يصير شريكا بالخلط فكان استدانته على رب المال وانه لا يملك الاستدانة بقوله اعمل برأيك والله اعلم *

(فصل)

فصل آخر

قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بهابزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبد فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الف والفا وخمسائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسائة على ما تبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الفين واذا ضاعت الفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسائة لانه دفعه مرة الف والفا وخمسائة ولا يبيعه مرا بحة الاعلى الفين لانه اشتراه بالفين

فصل آخر

قوله هذا الذي ذكره حاصل الجواب اشار الى قوله يغرم رب المال الا انه لا يغرم في الحال اذ الثمن في الحال كله على المضارب لانه هو العاقد **قوله** وبينهما منافاة اي بين كون الشيء مضمونا وبين كونه امانة لانه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه امانة وهذا لا يجوز نظيرة ما اذا استهلك المضارب رأس المال او انفق او اعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشتري عليه شيئا لانه صار مضمونا عليه بالتعدي ومن حكم المضارب ان يكون امينا فان اخذه من الذي استهلك كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن من ابي حنيفة رحمه الله لانه احد العوضين فصار بمنزلة الثمن وروى محمد رحمه الله ان المضارب اذا اقرضه فان رجعت اليه دراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه زال التعدي وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان (و)

(كتاب المضاربة ... باب المضارب يضارب ... فصل آخر)

ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة الاف يرفع رأس المال
ويبقى خمسمائة ربح بينهما **قال** وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة
وباعه باه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاثر المقاصد فعا
للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المراجعة على الامانة والاحتراز
من شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال
بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب
رب المال وقد مر في البيوع **قال** فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان
فقتل العبد رجلا خطأ فله ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء
مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما اربعا لانه لما صار المال عينا واحدا
ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فداها خرج
العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه واما نصيب رب المال فلقضاء
القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة
ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة لان رب المال هو كل
وقرار الضمان انما يكون على الموكل *

قوله ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فان المضارب يأخذ الفان ربع العبد كان له
فيكون له ربع الثمن وهو الف فيبقى ثلاثة الاف يرفع منه رأس المال وهو الفان وخمس
مائة ويبقى خمسمائة ربحا يقسمانه على ما شرط **قوله** فاشترى رب المال اي من اجنبي
قوله لتغاثر المقاصد اذ مة صودة وصوله الى الف ومقصود المضارب وصوله الى المبيع
قوله لانه اعتبر عدما لانه لم يزل العبد عن ملكه ولم يستفد العالم يكن في ملكه ومبنى
المراجعة على الامانة والتحرز من الخيانة فيكون البيع الثاني ملحقا بالعدم في حقها فكانه
لم يوجد الا البيع الاول **قوله** وقد مر في البيوع اي في باب المراجعة **قوله** ظهر الربح بدليل
انه يظهر في حق العتق اذا كان قريبا له ولو اعتهه ينفذ ايضا *

(قوله)

(كتاب المضاربة ... باب المضارب يضارب ... فصل آخر)

بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزئيل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم **قال** وان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم يقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن

ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه يرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجماع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة و فيما اشترى ثم دفع المتوكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر *

قوله بخلاف ما تقدم ذكر في الفوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة وهنا يخرج والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان التجارة و ضمان التجارة لا ينافي المضاربة والواجب هنا ضمان الجناية و ضمان الجناية ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة **قوله** يرجع مرة بعد اخرى لان الشراء لا يبطل بهلاك الثمن فيبقى موجبا دين الثمن عليه وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين في العمل واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الالوف لان جميعها يصير رأس مال المضاربة وقبض رأس المال قبض امانة واستيفاء الدين انما يكون بقبض مضمون وقبض الامانة لا ينوب عن القبض المضمون فلهذا يرجع اليه مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه الثمن بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن الامرة لان قبض الوكيل جازا تصافه بالضمان والامانة كالغاصب لذاتوكل ببيع المغصوب جازو يكون مضمونا عليه حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان واذا جازا تصافه بالضمان ففي هذه الصورة (يرجع)

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الف او ربحت الف وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الي ما ذكره في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للانبات * يرجع مرة لان ذلك القبض لما سبق وجوب دين الثمن لم يكن بجهة الاستيفاء فلم يقع قبض ضمان بل قبض امانة فلا يتحقق الاستيفاء فيكون له الرجوع مرة للاستيفاء وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل الثمن اليه هذا قبض استيفاء لما كان بعد وجوب الثمن ولا رجوع بعد الاستيفاء والله اعلم *

فصل في الاختلاف

قوله لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض اي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض احترزه عما وقع الاختلاف في صفة المقبوض من كونه قرضا او وديعه او بضاعة فالقول فيه قول رب المال **قوله** ولو اختلف مع ذلك في مقدار الربح اي لو اختلفا في مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف في رأس المال صورته ما ذكر في الايضاح واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف وشرطت لي النصف فالقول قول المضارب في قدر رأس المال والقول قول رب المال فيما شرط من الربح لانه يستفاد بشرطه وهو منكر للشرط وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته لان رب المال يدعي فضلا في رأس المال والمضارب يدعي فضلا في الربح والبيانات شرعت للانبات وفي الاوضح قال الامام رضي الدين رحمه الله رأيت في بعض (نسخ)

(كتاب المضاربة ... باب المضارب يضارب ... فصل في الاختلاف)

قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفأقول فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تنويم عمله او شرطاً من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او ودعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بين المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي بجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعاً فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بين المضارب لاحتجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول *

نسخ شروح الاصل ان البينة بين المضارب اذ هي المثبتة اذ الملك ثابت لرب المال في كل قد ولا يقوم عليه الحجة للمضارب لكون البعض رأس المال وكون البعض نماء رأس ماله فلا يكون الثبوت فيه بالبينة ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او ودعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بين المضارب وفي عكسه بان ادعى رب المال القرض وادعى المضارب المضاربة فالبينة هناك بينة رب المال والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب المضاربة قد اتفقا على ان الاخذ كان باذن ورب المال يدعي ضماناً وهو ينكر فكان القول قوله والبينة بينة رب المال لانه مدع للضمان والبينة بينة المدعي كذا في الايضاح *

قوله وقال الآخري المضارب فالقول للمضارب في دعوى العموم اي مع اليمين **قوله** لان الاصل فيه العموم يدل عليه انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك به جميع التجارات فلولا لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة **قوله** والبينة للمضارب لاحتجته الى نفي الضمان اي لاحتجته الى اثبات الاذن في نوع يدعي الاذن فيه حتى ينتفي الضمان عنه وعدم حاجة الآخري رب المال الى البينة لان ما يدعيه ثبت بقوله ان هو المتمسك بالاصل **قوله** لان آخر الشرطين ينقض الاول (هذا)

(كتاب الوديعه)

كتاب الوديعه

قال الوديعه امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع

هذا من باب العمل بالبينتين لان العمل بهما ممكن بان نجعل كانه اذن له بالعموم او لاثم نهى عن العموم فاذن له بالخصوص او اذن له بالخصوص او لاثم اذن له بالعموم وان لم يوقت البينتان وقتا او وقتا على السواء او وقتت احداهما وقتادون الاخرى يقضى بينة رب المال لانه تعذر القضاء بهما معا لانهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا بالترتيب واذا تعذر القضاء بالامرين تعذر العمل بالبينتين فيعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت هكذا ذكر في الاصل وفي القدوري اذا اقام البينة فان نص شهود المضارب انه اعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة بينته وان لم يشهدوا بهذا الحرف فالبينة بينة رب المال بصورة توقيت البينتين قال رب المال في دعوى الخصوص دفعت اليك الغامضاربة في بزي رمضان واقام على ذلك بينة وقال المضارب دفعت الي الغافي شوال في طعام واقام على ذلك بينة وكل بينة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدعي كانت بينة المضارب اولى لان الثاني ناسخ الاول والله اعلم بالصواب *

كتاب الوديعه

الودع الترك، وسميت الوديعه بها لانها شيء يترك عند الامين قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعه والامانة بالعموم والخصوص فالوديعه خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعه هي المستحفظ قصدوا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والفته في حجر غيره والحكم في الوديعه انه يبرأ عن الضمان اذا عايد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عايد الى الوفاق في الامانة والايداع لغة تسلط الغير على حفظه اي شيء كان مالا او غير (مال)

(كتاب الوديعة)

غير المغل ضمان وان بالناس حاجة الى الاسئدة اع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه ويدفن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولا انه لا يجد بدا من الدفع اليه عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والا يدي تخلف في الامانة مال يقال اودعت زيدا امالا واستودعته اياه اذا دفعه اليه ليكون عنده فان اودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالتفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد ليتمكن من حفظه حتى لو اودع الابق او المال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا بشرط لوجوب الحفظ عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده وشرعيتها بالكتاب قال الله تعالى ان الله يأمركم ان تودوا وامانات الى اهلها واداء الامانة لا يكون الا بعد ها والسنة فالنبي عليه السلام كان يودع ويستودع واجماع الامم بالصحابة ومن بعدهم الي يومنا يوم عون ويستودعون ولان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة بقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وبقوله عليه السلام ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه *

قوله غير المغل المغل الخائن والاغلال الخيانة **قوله** وبمن في عياله من زوجه او ولده او والديه او اخيرة والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو اودعت المرأة وديعتها الي زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها لما كان مساكنتها والا بن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة او مسانهة فاما الاجير يعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه وفي الفتاوى الصغرى تفسير من في عياله ان يساكن معه سواء كان في نفقته او لا والعبرة في هذا الباب للمساكنة الا في حق الزوجة والولد الصغير والعبد حتى ان الزوج اذا كان في محلة والزوجة في محلة اخرى ولا ينفق عليها (زوجها)

(كتاب الوديعه)

ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا
استأجر الحرز فيكون حافظا بحرزه نفسه **قال** الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره
او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلتيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه
الحالة فيرخص له المالك ولا يصدق على ذلك الابينة لانه يدعي ضرورة مسقطه للضمان بعد
تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الابداع **قال** فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على
تسليمها عنه لانه متعدد بالمنع وهذا لانه لما طال به لم يكن راضيا بما ساءه بعده فيضمنها بحبسه عنه *

زوجها وودع الوديعه اليها الاضمان على الزوج وكذا الابن الصغير اذا لم يكن في عياله فدفع اليه
لا يضمن ولكن يشترط ان يكون الصغير قادرا على الحفظ وكذا العبد اذا لم يكن في عياله بمنزله
الابن الصغير فان حفظها بغيرهم او اودعها بغيرهم ضمن وقال ابن ابي ليلى لا يضمن لانه ملك
الحفظ من جهة المالك فكدان له ان يملك غيره كالمستعير يعبر قال العلامة حميد الدين رح معنى
قوله فان حفظها بغيرهم اذا كان باجرو ومعنى قوله اودعها اذا كان بغير اجر وقيل معنى قوله فان
حفظها بغيرهم بان استحفظ المردع الوديعه في بيته بغيره بان ترك الوديعه والغبر في بيته وخرج
هو بنفسه او اودعها بغيرهم بان نقل الوديعه من بيته ودفعها الى اجنبي ووديعه *

قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله ولا يلزم المستعير حيث له ان يعبر والمأذون له ان يأذن والمكاتب
له ان يكتب لان المستعير مالك والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحجر
كما بعد العتق فملك ان يملك غيره بخلاف المودع فانه مأثور بالحفظ والمأثور بالشيء لا يملك
ان يفوض ما امر به الى غيره ولهذا الوكيل بالطلاق والعناق لا يوكل غيره وان كان الناس
لا يتفاوتون فيه **قوله** الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ذكر
شمس الاثني الحلواني رحمه الله اذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعه الى اجنبي
فان امكنه ان يتناولها بعض من في عياله فهو ضامن والا فلا ضمان عليه ولا يصدق على
ذلك الابينة وفي الملتقى اذا علم انه احترق داره قبل قوله وان لم يعلم لا يقبل الابينة * (قوله)

(كتاب الوديعه)

قال وان خلطها المودع بما له حتى لا تتميز ضمنها ثم لاسبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح
وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود
والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى
بالقسمة فكان استهلاكهما من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من
كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخاط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح
لانه لاحق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالانبراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة
في المخلوط وخطم الحبل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انتطاع حق المالك الى
الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف
الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات
الاخر فتعذر التميز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق
المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا
للاغالب اجزاء وعند محمد رح شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده

قوله شركه ان شاء ولو هلك قبل التميز هلك من مالهما **قوله** وامكنه معنى بالقسمة اذا القسمة فيما
يكال او يوزن افراز وتعيين بالاجماع ولهذا يملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته نفسه بلا رضاء
وقضاء واذا كان استهلاكهما من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء
مال الى جانب القيام وشركه في المخلوط **قوله** وله انه استهلاك من كل وجه لانه ليس الاستهلاك
من العباد الا هذا وهو التعيب واما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى ولهذا كان له حق التضمين
بالاجماع وهو اماراة الاستهلاك **قوله** ولا معتبر بالقسمة جواب عن قولهما وامكنه معنى بالقسمة
لان القسمة ليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء
على قيام الشركة وحكمائها فلا تصلح علة موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة
قوله ولو ابرأ الخاط الى اخره بيان ثمرة الخلاف **قوله** ومن هذا القبيل اي من قبيل (ما)

(كتاب لوديعة)

على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذا به لانه يصير مأثما بالاذابة * **قال** وان اخلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاخطا لانه لا يضمنها العدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق **قال** وان اتفق المودع بعضها ثم رد مثله فخطئه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم **قال** واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اورد عنها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولما ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع كان حكم العقد كما اذا استأجره المحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك *

ما يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لانه لا يصل المالك الى عين ملكه الا بخرج والمنعسر كما لم تعذر ولان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فتعذر التمييز حقيقة وتعذر التمييز حكما ايضا بالقسمة لاختلاف الجنس لان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروعة وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند ابي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير *

قوله على ما مر في الرضاع وهو قوله واذا اخلط لبن امرأتين الى قوله وقال محمد رحمه الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس **قوله** ضمن الجميع اي بعضه بالاتفاق وبعضه بالخلط وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاقا وخلافا وهذا لان ما اتفق صار دينا في ذمته وهو لا يتقرر بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه نعم يد المودع كيدة لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لافي الخلط وعند مالك والشافعي رحمه الله اذا اتفق بعضها صار ضامنا للكل لانه بالخيانة زالت الامانة فيجب الغرامة **قوله** ولنا ان الامر (باق)

قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب، ما نع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من جهته والجحد فسخ من جهة المودع كجحد الوكيل الوكالة وجحد احد المتعاقدين البيع فتم الرفع اولان المودع يتفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحد عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف ر ح خلا فالزفر ر ح لان الجحد عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه باق لاطلاقه وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول جميع الاوقات ما قبل الخلاف وما بعده ولم يبطل بالخلاف لان بطلان الشئ بما وضع لا بطله او بما ينفيه والاستعمال ليس بموضوع لا بطل الايداع ولا ينفيه ولهذا اصح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ باقيا فتدريته بترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه وقول الشافعي رحمه الله لان عقد الوديعة قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثر ارتفاع العقد في قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان *

قوله بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق لان العقد باق اذ الخلاف ليس برد للامر لان الامر قول ورد القول بقول مثله اما الجحد فهو قول ورد للامر لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك في ملكه لا يكون مأمورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه اوامر الشرع فالجحد فيها رد حتى لو انكر امر الله يكفر والخلاف لا يكون رد احتى لو ترك صوما او صلوة لا يكفر **قوله** ولو جحد عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله بان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعة **قوله** خلا فالزفر رحمه الله انما قيد (باختلاهما)

(كتاب الودیعة)

او طلبه فبقی الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته **قال** وللمودع ان يسافر بالودیعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح وقال ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفاضة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به والشافعي رح يقيد به بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا يحفظهم ومن يكون في المفاضة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذانها المودع ان يخرج بالوديعه فخرج بها ضمن لان التثبيد مفيد اذا الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا *

باختلافهما فحسب مع ان عدم وجوب الضمان مذهب العلماء الثلاثة رحبهم الله لان هذا الفصل ذكر في اختلاف زفر ويعقوب لافي غيره *

قوله او طلبه يعني اذا طلب المودع الودیعة فكانه عزله عن الحفظ ولم يوجد الطلب هنا لا ينفرد هو بالعزل **قوله** وان كان لها حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهرا واجرة حمل وبيانه في لفظ الاصل ماله مؤنة في الحمل كذا في المغرب هذا اذا كان الطريق آمنا بان لا يقصده احد غالبوا لو قصده يمكنه نفعه بنفسه وبرفقة السفر ولم ينهه المودع عنها **قوله** وصار كالاستحفاظ باجر بان استاجر رجلا ليحفظ ماله شهر ابد رهم فساير المال يضمن **قوله** والمعتاد كونهم في المصر لاحظهم جواب عن قول الشافعي رح **قوله** لانه عقد معاوضة لانه بالاجارة اشترى من نفعه فالحفظ انما يتبع بنافع المالك فيلزمه المقام مع المالك ليتمكن التسليم كما وجب عليه لان الداخل تحت العقد المنافع في المصر فاذا خرج صار مخالفا لان هذه المنافع غير داخلية فضمن وهنا انما يحفظ على سبيل المعونة فلا تجبر به هذا اذا لم يعين صاحب الودیعة المصر (لحفظ)

قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة ر ح وقال لا يدفع إليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الغافغاب اثنا فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقال له ذلك والخلاف في المكبل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ولأبي حنيفة رحمه الله أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك للحفظ فيه بل أطلق الحفظ إطلاقاً فان عين المالك عليه الحفظ في المصر فساير فان كان سفراً له منه بد ضمن وان كان سفر الأبد له منه فان أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بان أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لا يضمن *

قوله وهو المراد بالمذكور في المختصر وهو قوله وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة وإنما ذكر هذا احترازاً من قول بعض المشائخ حيث قالوا الاختلاف في ما هو من ذوات الأمثال وفيما هو من ذوات القيم سواء وفي المسئلة حكاية فان رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي همياناً فخرج أحدهما قبل صاحبه وأخذ الهميان وذهب به ثم خرج الآخر وطالبه بالهميان وأعلمهما نواطياً على ذلك فتحير الحمامي فقبل له فصل هذا الأمر عند أبي حنيفة رحمه الله فذهب إليه وقص عليه القصة فقال له أبو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته إلى صاحبك ولكن قل لا أدفعه إليك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** ولهذا كان له أن يأخذ أي المودع الحاضر إذ أظهر به وهذا لأن يد المودع كيد المودع ولو كان في يد المودع له أن يأخذ فكذا إذا كان في يد نائبه **قوله** ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع فإنه لا إلا لو أخذ نصيبه ثم هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له أن يشاركه في المقبوض فإن القسمة ليست بنافذة *

(قوله)

لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان يأخذة فلنا ليس من ضرورته
 ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عنه انسان وعليه الف لغيرة
 فلغريمه ان يأخذة اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه **قال** وان اودع رجل عند رجلين
 شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يتسमानه فيحفظ كل واحد منهما
 نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة راجح وكذلك
 الجواب عنده في المرتهين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقال لا احدهما ان يحفظ
 باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بما انتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر
 ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرخص بحفظ احدهما كله لان الفعل مني
 اضيف الي ما يقبل الوصف بالتجزئي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من
 غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا
 بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودع عنده ولا يضمنهما الاجتماع عليه اثناء الليل والنهار وامكنهما
 المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة
 للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها
 الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه
 المودع عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته

قوله لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون **قوله** وعليه الف لغيرة اي آخرة صورته اذا كان
 لرجل الف درهم وديعة عند انسان والآخر على الرجل المودع الف درهم فلصاحب الدين
 وهو الغريم ان يأخذ تلك الوديعة من يد المودع ان ظفر بها وان لم يكن للمودع ان يدفع الف
 الى غريمه **قوله** وكذا الجواب في المرتهين والوكيلين بالشراء اي اذا رهن شيئا مما لا يقسم
 عند رجلين فلكل واحد من المرتهين ان يحفظ الرهن باذن الآخر وكذا اذا وكل وكيلين
 بالشراء ودفع الثمن اليهما يكون لكل واحد من الوكيلين ان يحفظ الثمن باذن الآخر

قوله لان الفعل اي فعل الاستحفاظ *

(قوله)

وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغوا وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يضمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبروا ان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط *

قوله وهو محمل الاول اي فرأيت الجامع الصغير يقول فدفعها الي من لا يد له منه لم يضمن محمل رواية القدوري التي ذكرها مطلقا فانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الوديعة شيئا خفيفا يمكن للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الي عياله ضمن وذكر في المغني واذا دفع الرجل الي غيره وديعة وقال له لا تدفعها الي امرأتك فاني اهتمها او قال الي ابنك او قال الي عبدك وما اشبه ذلك فدفع اليه فان كان لا يجد المودع بدا من الدفع اليه بان لم يكن له عيال سواه لم يضمن بالدفع اليه وان كان يجد منه بدا فهو ضامن المودع اذا وضع الوديعة في حانوته فقال له صاحبها لا تضع في الحانوت فانه مخوف فتركها فيه حتى سرق ليلا ان لم يكن له موضع آخر احرز من الحانوت لا يضمن وان كان له موضع آخر احرز من الحانوت فهو ضامن اذا كان قادرا على الحمل **قوله** فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لان البيتين قد يتفاوتان في الحرز بان يكون ظهرا أحدهما الى السكة فيتمكن السارق من الاخذ منه مالا يتمكن من البيت الآخر فيفيد الشرط وقد خالفه فيضمن **قوله** لا يتفاوتان في الحرز كما اذا قال له احفظها في هذا الجانب من البيت فحفظها في الجانب الآخر او قال احفظها في هذا العندوق فحفظها في صندوق آخر *

(قوله)

قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة ربح وقال له ان يضمن ابهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الآخر وان ضمن الآخر يرجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا ان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخبر بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمن فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بمالته من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه بحضور رأيه فلا تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يؤجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجرة ثوب غيره *

قال ومن كان في يده الف فادعاه رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابي ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقيين وبما بينهما ابدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطشياً لقلبهما نفياً للهمة الميال ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحججة

قوله ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجرة ثوب غيره فان قيل الاول انما يصير مضيعا بالمفارقة فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من ضرورته ان يضمن الثاني قلنا رب المال لو قال اذنت لك ان تدفعه الي فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه ضمن الاول دون الثاني وهذا تقدير مسئلتنا فصار الثاني مودعا منفردا في حق نفسه لانه لما لم يصرف نفسه الايداع خيانة بل صار دالا في ولايته حال حضرته حصلت الوديعه في يد الثاني امانة فلا يضمن بالامساك **قوله** صحيحة اي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الاف الواحد مودعا من اثنين بكماله *

(قوله)

وان نكل اعني الثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولونكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الف اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رح في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رح انه نفذ قضاءه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا لانه لم يحلف لثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال وينبغي ان يحلفه عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعه ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رح خلافا له وهذه فرعة تلك المسئلة وقد وقع فيه الاطبا والله اعلم *

قوله وان نكل اعني للثاني اي بعدما حلف للاول **قوله** ولا يقضى بالنكول لان من حجة الآخر ان يقول لو بدأت لي بالاستحلاف لكان ينكل ايضا **قوله** اما النكول انما يصير حجة عند القضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء **قوله** فينكشف وجه القضاء بانه يقضى بالالف لهما او لاحدهما لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولونكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلذا يتوقف في القضاء حتى يظهر وجه القضاء **قوله** لانه اي لان المودع المنكر ببذله اي عند ابي حنيفة رحمه الله او باقراره اي عندهما **قوله** وذلك حجة في حقه اي في حق المودع المنكر **قوله** بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعه ودفع (با)

كتاب العارية

قال العارية جائزة لأنها نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تملك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رح يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تعتقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التملك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبى عن التملك بالنصاء الى غيره يضمه عند محمد رحمه الله اذا اقر بالوديعة لزيد ثم قال لا بل اودعني فلان آخر قضي للاول لان الثاني رجوع فان دفعه الى الاول بغير قضاء ضمن وان دفعه بقضاء فكذلك عند محمد رح لانه مقر بانوم الحفظ للثاني ثم عرضه للتلف باقراره وعند ابي يوسف رح لا يضمن لان القبض كان باذن وان دفع باكره القاضي ووجه البناء على هذه المسئلة ان الاقرار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الاول باقراره الاول لما كان مفيدا لوجوب الضمان للدائر الثاني عند محمد رح ينبغي ان يحلف للثاني وان استحقه الاول في مسئلة الكتاب عند محمد لان فائدة الحلف النكول وهو الاقرار والقرار للثاني مفيد للضمان له وعند ابي يوسف رح لا يحلف لان لا يضمن بالاقرار عنده فكذا بالنكول فلافائدة للتحليف والله اعلم *

كتاب العارية

في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفي المغرب العارية فعليه منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار العيب او العري خطاء وفي المبسوط وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لان لا ينتفع بهما الا باستهلاك العين ولا يعود النوبة اليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة انما يعود النوبة اليه في مثلها *

قوله ولا يشترط فيه ضرب المدة اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة ومع الجهالة لا يصح التملك كما في الاجارة وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل (١)

فان العارية من العربة وهي العطية ولهذا تعتقد بلفظ التملك والمنافع قابلة للملك كالايمان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الايمان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تعتقد بلفظة الاباحة وهي تملك والجهالة لا تنفي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع من التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما ذكره ان شاء الله تعالى **قال** وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانها بالتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحتمل على تملك المنافع بجوزا *

الا عارة بالنهي ولو كانت تملك لما بطلت بالنهي كالهبة والاجارة ولا يملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض يملك تملكه من غيره بغرض وبغير عوض كالموهوب له * **قوله** فان العارية من العربة وهي العطية هذا يخالف ما ذكر في المغرب الا ان يريد بالمشاركة في اكثر الحروف وهذا تعتقد بلفظة التملك بان من قال لغيره ملكتك منافع هذا العين شهرا كانت اعادة **قوله** ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك الى آخره جواب عن قول الكرخي **قوله** والجامع دفع الحاجة فان قلت الحاجة تندفع بالاباحة قلت لعل حاجته الى انتفاع الغير ايضا **قوله** وعند ذلك اي عند الانتفاع بالعارية **قوله** والنهي منع من التحصيل اي رجوع عن تملك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك به يصح **قوله** لدفع زيادة الضرر اي لا يملك المستعير ان يواجر المستعار لان الاجارة ما وضعت في الشرع الا لازمة وفي ذلك سد باب الاستراد فيتضرر به المعير **قوله** واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيها اي بطريق المجاز لان عين الارض لا تطعم فيراد به ما يخرج فيها اطلاقا لا اسم المحل على الحال **قوله** لانها التملك العين لان معنى قوله منحتك اعطيتك والمنحة والمنحة الشاة والناقاة الممنوحة من المنح هو ان يعطى الرجل الرجل ناقاة شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر (١)

قال واخذ منك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكني لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكني لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكني تفسير لقوله لك لانه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره **قال** وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه الصلوة والسلام المنحة مردودة والعارية موداة ولان المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدونها فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه

استعماله حتى قيل في كل ما اعطي منح ويقال حمل الامر فلان ويراد به التملك وفي الكافي للعلامة النسفي رح وقوله في البداية ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذ الم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحتمل على تملك المنافع تجوزا مشكل من وجوه أحدها انه قال اذ الم يرد به الهبة وكان ينبغي ان يقول اذ الم يرد بهما بدليل التعليل ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور لقوله تعالى عوان بين ذاك وتانيها انه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجاز التملك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذ انوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الازكأ حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وثالثها انها لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلانية فعند عدم ارادة الهبة لا يحتمل على تملك المنفعة بل على الهبة وفي المستصفي شرح النافع قلنا جاز ان يكونا لتمليك العين حقيقة وتمليك المنفعة مجازا والى هذا قال صاحب الهداية في كتاب العارية فيكون التقدير اذ الم يرد به الهبة و اراد به العارية ويحتمل ان يكونا لتمليك المنفعة حقيقة وتمليك العين مجازا واليه اشار فخر الاسلام رح في مبسوطه وصاحب الهداية في كتاب الهبة ويكون قوله اذ الم يرد به الهبة للتاكيد ويحتمل ان يكون المعنيان حقيقيا لهما وانما يرجح احدهما لانه ادنى الامرين فيحمل عليه للتيقن به *

قوله المنحة مردودة المنحة نوع من العارية وهي ان يعطى الرجل شاة او ناقة او بقرة ليشرب لبنها ثم يرد الشاة او غيرها الى المالك وقوله مردودة اي مستحقة الرد والمستحق (بجهة)

قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعدل يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللعظ لا ينبىء عن التزام الضمان لانه لتمليك المباح بغير عوض اولا باحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ما ذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

بجهة كالمصرف اليه فلكونها مستحقة الرد جعلها كالمردودة وقال المنحة مردودة *

قوله والعارية امانة ان هلكت من غير تعدل يضمن سواء هلكت من استعماله او لا من استعماله وهو قول عمرو وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا في حال الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وابي هريرة لقوله عليه السلام العارية مضمونة واستعار رسول الله عليه السلام دروعا من صفوان فقال لدا غصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة فوداة وكتب في عهد بني تخران وما يعار الرسل فهلكت في ايديهم فزمانها علي رسله وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتي ترد والا خذنا ما يطلق في موضع يا خذا المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية لان المستعير يأخذه لينتفع به لا ليكون نائبا عن المعير فيه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير ما غل ضمان نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه انه قبض العين للانتفاع بها باذن صحيح فلا يكون مضمونة عليه كالمستأجر وتأثيره ان وجوب الضمان يكون للجبر ان وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح بنعدم التفويت الا ترى ان القبض في ذاته موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض اولى اما الجواب عما تمسك به الخصم فقوله عليه السلام العارية مضمونة اي ضمان الرد بانه جعل الضمان صفة للعين على وجه الجبر وحقيقة ذلك في ضمان الرد وقوله مودة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثاني ان المراد بالعلم الاول (علم)

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لتقص القبض والمقبوض على سوم
الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه *

قال واما للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجرة فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشمع
لا يتضمن ما هو فوقه ولا نالو صحنة لا يصح الا لازم لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي
وقوعه لازم ما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انتضاء مدة الاجارة فابطلناه فان
آجرة ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناول العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه
قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجره ملك
نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على الواجر ان لم يعلم انه كان عارية في يده فنعاضر الغرور

علم النقه وحديث صفوان فقد قيل اننا اخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله اغصبا
يا محمد الا انه كان محتاجا الى السلاح فكان الاخذ له حلالا لكن بشرط الضمان كمن اصابته
مخدعة له ان يتناول مال الغير بشرط الضمان وقيل المراد بضمان العين وقيل كان هذا من
رسول الله عليه السلام اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن بالشرط على ما ذكره
في المستقي ولكن صفوان يومئذ كان حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز
بين المسلمين وقوله عليه السلام وما يعار رسلي فهلكت على ايديهم اي استهلكوها لانه يقال
هلك في يده اذا كان بغير صنعه وعلى يده اذا استهلكه وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت
حتى يرد يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين *

قوله وانما وجب الرد مؤنة جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان قبضه يوجب ضمان الرد
حال قيام العين لتقص القبض فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب فاجاب ان ضمان
الرد عليه انما كان لان منفعة القبض والنقل حصلت له كنفقة المستعار فانها على المستعير
لا لتقص القبض والضمان في المقبوض على سرم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض
بجهته الشراء اذا القبض بحقيقته الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته **قوله** ولا نالو صحنة (لا)

بخلاف ما اذا علم **قال** وله ان يعبره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعبره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعبّر لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره **قال** رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع للمستعير فيدان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سداه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه

يرفع الا لازما فان قيل كان ينبغي ان يملك المستعير الاجارة لانه مالك المنفعة ولا ينتفع حق المعبر في الاسترداد بل يصير قيام حق المعبر في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة قلنا لو ملك المستعير الاجارة كان من مقتضيات عقد المعبر وكان صحة العقد بتسليطه فلا يمكن من نقضه بعد ذلك *

قوله بخلاف ما اذا علم يعني اذا علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور **قوله** وله ان يعبره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة **قوله** وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل هذا جواب لسؤال مقدر وهو ان يقال ان العارية لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في صحة اعارة المستعيرين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كمالك **قوله** دفعا لمزيد الضرر عن المعبر يعني يحتمل ان يكون فعل الثاني اضر وهو لم يرض بذلك **قوله** وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة اي ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة عن الوقت والانتفاع وهو على اربعة وهذه القسمة على هذه الوجة الاربعة ضرورية لان الشئيين وهما الاطلاق والتقييد ارا في الشئيين وهما الوقت والانتفاع فكانت اربعة لا محالة لانه اما ان يكون (١)

والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون متباعدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعبر غيره المحمل لان الحمل لا ينفات وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الراكب * **قال** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاءارة تملك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها واقتضى تملك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض العارية مطلقة في الوقت والانتفاع او متباعدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعة او مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع او على العكس *

قوله والحنطة مثل الحنطة اي في حق الحمل على الدابة بان استعار دابة ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه لان حنطته وحنطة غيره في الضرر سواء والخلاف الى الخبر نحو ما اذا شرط حمل الحنطة فحمل عليه الشعير لان كيل الشعير اخف وزنا من كيل الحنطة لانها اصلب من الشعير **قوله** وله ان يركب ويركب غيره معناه ان شاء ركب بنفسه وان شاء اركب غيره لانه يجمع بينهما يدل عليه قوله بعده حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره **قوله** لانه لما اطلق يعني لما لم تعين المنتفع يكون تعين المنتفع مفوضا اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وايهما عينه يتعين كما اذا عينه المالك **قوله** حتى لو فعله ضمن لانه تعين الراكب وهذا اختيار فخر الاسلام رحمه الله واما على قول غيره فله ان يركب بعد الراكب وذكر في الذخيرة في هذا الموضع ولكن انما يعبر لغيره اذا لم يركب بنفسه او لم يلبس بنفسه اما اذا ركب او لبس بنفسه فقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم ليس لادان يعبر ولو اعار يضمن وهذا اختيار الشيخ الامام فخر الاسلام علي البزدي وقال بعضهم له ان يعبر واذا اعار لا يضمن وهو اختيار شمس الائمة وشيخ الاسلام رحمهما الله وكذلك في الابتداء لو اركب غيره او البس غيره ثم اراد ان يركب او يلبس بنفسه فقيه اختلاف المشائخ على نحو ما ذكرنا (و)

والقرض ادناهما فيثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بهادكا نالم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها وسيما محلى يتقلدها

قال واذا استعار ارضا ليني فيها او لبغرس جاز وللمعبر ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تغريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمدا طلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد

والمستعير هل يملك الايداع قال بعض مشائخ العراق وهو اختيار الفقيه ابي الليث الامام ابي بكر محمد بن فضيل رحمهما الله انه يملك الايداع لانه يملك الاعارة والايداع بها وقال بعضهم لا يملك وهو الصحيح لان الاعارة تمليك المنفعة والمنفعة مملوكة له فكانت الاعارة تصرفا في ملك نفسه قصد اوانما يتحقق التصرف في ملك الغير وهو العين بالتسليم ضمنا وضرورة ليتمكن المستعير الثاني من استيفاء المنفعة المملوكة اما لايداع فتصرف في ملك الغير وهو العين قصد ان لا يملكه كذا في الاوضح *

قوله والقرض ادناهما لكونه متيقنا به اولان القرض ادناهما ضررا لانه اقل ضررا على الماعطي لانه يوجب رد المثل بخلاف الهبة وما هو اقل ضررا فهو الثابت يقينا **قوله** بان استعارن را هم ليعير بها ميزانا الصواب ليعائر قال في المغرب وقوله استعارن را هم ليعير بها صنجاته اي ليسوي ثم قال الصواب ليعاير يقال عايرت المكائيل والموازين اذا قايستها وذلك بان يكون الدراهم موزونة بصنجة عدل ولا يوجد تلك الصنجة فاستعار هذه الدراهم ليسوي الميزان بها **قوله** او يزين بهادكا نابان استعارن را هم كثيرة بوضع على الدكان حتى يظن الناس غناه فيعا ملوامة **قوله** ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لکن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت (ا)

وضمن المعبر ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفع الضرر عن نفسه كذا ذكره التدويري راجع في المختصر وذكر الحاكم الشهيد راجع انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبناؤه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه فالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالحيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل * ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت اوله بوقت لابن له نهاية معلومة الا اشارة له توفينا فلما قد ينشئ لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف واشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان لباع كما هو العادة وهذا عندنا وعند ابن ابي ليلى البناء للمعبر ويضمن قيمته لان دفع الضرر من الجانيين واجب وانما يدفع بهذا الثوب اذا يصبغ بصبغ غيره واراد صاحب الثوب ان يأخذه فانه يضمن للمصباغ قيمة صبغه كذا اذا قلنا صاحب الارض مريض به فلا يجوز المصير اليه بدون الضرورة ولا ضرورة هنا لا مكان تميز حق كل واحد منهما عن الآخر بخلاف الثوب فانه لا يمكن ومع هذا لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه وله ان يأتي التزام القيمة ايضا حتى يباع الثوب فكذا هنا لا يلزمه بدون رضاه *

قوله وضمن المعبر ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له يعني بنظركم يكون قيده البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً وان قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين فيرجع بثمانية دنانير فان قيل الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع الا ترى انه لو استحق المودوب بعد هلاكه ضمن المودوب له ولا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لافي غيره والمعبر لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلنا كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية شرعا ثم لما وقت المعبر مع ذلك لا بد من ان يكون لذكر الوقت فائدة اخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبله فصارت قدر كلامه كانه قال ابن في هذه الارض (لنفسك)

وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف العرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك
قال اجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد
فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المواجه لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلى
دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجه معنى فلا يكون عليه مؤنة ردة واجرة رد العين المغصوبة
على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه
قال واذا استعار دابة فردها الى اصطلبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس
يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان
رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولوردها الى المالك فالمالك يردّها الى المربط
وان استعار عبدا فردّه الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولورد المغصوب
او الوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله
وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بدها الى الدار ولا الى
يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى
لو كانت العارية عند جوهر لم يردّها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه *

لفسك على ان اتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فاناض من لك ما تنفق في بنائك
ويكون بناؤك لي فاذا ابدل في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كانه بنى له بامره *

قوله وفي الترك مراعاة الحقين لانه انما يترك بالاجر هكذا لو كبلت نفوت منفعة ارضه مجانا
ولا نفوت زراع الارض ليعتدل النظم من الجانبين كما في الاجارة والزرع لم يدرك بعد فان ثمه يترك
الارض باجره مراعاة للجانبين كذا ههنا **قوله** لانه ليس له نهاية معلومة فيكون ضررا في الجانبين
فيرجع صاحب الاصل **قوله** لان منفعة قبضه سالمة للمواجه معنى فلا يكون عليه مؤنة ردة لانه
يتوصل به الى ملك الاجرا كثر ما فيه لان لكل واحد منهما فيد منفعة لكن منفعة الاجرا قوي لانه مال
للعين وملك المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين **قوله** ولوردها الى المالك فالمالك يردّها
الى المربط فيكون مستقما مؤنة الرد عن المالك لا متعديا ولا يضمن المرء بالاحسان (قوله)

قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانته
اياه شاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة
لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى
انه لورده اليه فهو يرده الي عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه
وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن
ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الابداع تصدأ كما قاله بعض المشائخ ر ح
وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتها الاعارة لانقضاء المدة *

قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابني حنيفة ر ح وقال
يكتب انك اعبرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة
الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها مختص بالزراعة والاعارة تنظمها وغيرها
كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تغار الا للسكنى والله اعلم بالصواب *

قوله ودلت المسئلة التي آخرة لانه لما وضعها في يد اجنبي للرديكون وديعة فعلم انه
لا يملك الابداع اذ لو ملكه لما ضمن **قوله** واولوا هذه المسئلة بانتها الاعارة لانقضاء المدة
يعني ان المشائخ الذين قالوا بان المستعير يملك الابداع واولوا هذه المسئلة وهي قوله وان ردها مع
اجنبي ضمن المستعير وانما ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعيرا بسبب انقضاء مدة الاستعارة
حيث دفع الى آخر بعد فراغه من استعماله ونحن انما قلنا بجواز الابداع للمستعير اذا كان
قائما على كونه مستعيرا وههنا لم يبق مستعيرا وبقيت العارية في يده وديعة وليس للمودع
ان يودع غيره فاذا اودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق والله اعلم * (كتاب)

كتاب الهبة

هبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه له لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله ثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد في الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح

كتاب الهبة

هي التبرع لما ينفع الموهوب له لغة يقال وهب له ما لا يوهبا وهبة وموهبة وقد يقال وهبه عالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب وتهبه منه قبله متوهبه سألته وتمليك العين بلا عوض شريعة وأهلها اهل التبرع وهو المحرم المكلف وركبها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما بحث لو حلف ان لا يهب موهب ولم يقبل لانا لما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير وشرطها ان يكون الموهوب مقسوما محوزا وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها لقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها ورواها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام والاظهر هو الاول فان قوله اوردوها يتناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية فان رد عين الكلام لا يتصور وقوله عليه السلام تهادوا تحابوا واجماع الامة ولانها من الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان **قوله** لان الجواز بدونه ثابت اي بالاجماع **قوله** وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم لانه لو ثبت الملك بمجره العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع (1)

بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يحز لان ياذن له الواهب في القبض والقبض ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه

التبرعات بخلاف المعاوضات ولا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد ان فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه ولا يقال ان الواهب فقد التزم التسليم فيلزم التسليم بالتزامه كما اذا شرع في النقل لانا نقول حق المالك في العين ملك مال وملك يد فان ملك اليد مقصود تضمن بالغصب كما يضمن الاصل الا ترى ان المدبر تضمن بالغصب وما ازال بالغصب الا يده وكذلك يعتاض على ازالة اليد بعد الكتابة وليس فيها الا ازالة اليد ولما كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه لم يلزم من التزام احدهما التزام الآخر بخلاف الشرع في النقل فان المؤدي صار واجب الصيانة وذلك بالاتفاق فوجب *

قوله بخلاف الوصية وجد الايراد ان هذا عقد هبة فيوجب الملك قبل القبض قياسا على الهبة بعد الموت وهي الوصية بل اولى اذ الوصية هبة معلنة بالموت وهذه مرسلّة وهي اقوى والجواب عنه ان الوصية تميلك بعد الموت وقد زال عن ملكه بعد الموت فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيئا لم يتبرع به ولا ضمنا **قوله** وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها جواب سوال مقدر وهو ان يقال ان عدم اهلية اللزوم للموصي بالموت فوارثه يخلفه في ملكه فكان ينبغي ان يتوقف ملك الموصي له الى وقت تسليم الوارث الموصي به اليه لان الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له الى وقت التسليم فكذلك في الوصية ينبغي ان يكون كذلك فاجاب بان الوارث اجنبي عما صح فيه الوصية فكيف يصح تسليم الاجنبي فلما لم يوجد تسليم من يصح تسايمة ثبت الملك للموصي له في الموصي به قبل القبض فلم يكن الزام التسليم عليه الزام على المتبرع (قوله)

ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطاً له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقه بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح *

قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك

قوله ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك اي مقصود الواهب من الايجاب اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطاً على القبض تحقيقاً لمقصوده فان قيل الايجاب لو كان تسليطاً على القبض جلس لما صح الامر بالقبض بعده قلنا انما لا يصح القبول بعد المجلس لان ايجاب البائع شرط العقد وانه لا يتوقف على ما وراء المجلس فاما في الهبة فركنها الايجاب لانه تبرع وهو يتم بالمعتبر حتى يحث في يمينه لا يهب اماً في حق الموهوب له لا يتم الا بالقبول فاذا وجد الايجاب والقبول جاز ان يتوقف على ما وراء المجلس لوجود شرطه وهو القبض **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض الا ترى ان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحاً واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب عن الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض واقتضاء كما في البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت بالقبض ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة يرتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحاً مع القبض في المجلس فلا يعتبر ثابتاً فيما وراءه بخلاف ما لو ثبت نصاً لانه ثابت من كل وجه فيبقى في المجلس وبعده وقوله قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل (هذا)

واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان
 الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه
 الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان
 حرف اللام للتدليك واما الثالث فلتقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له
 ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل
 هو الراكب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتدل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس
 ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته * ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه
 يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اتي ملكه منه ويقال منحك
 هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبله قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية

هذا خاطب به النبي صلعم بشيرا ووالد النعمان وهو صبار روى النعمان بن بشير رضي الله عنه
 قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امني الا ان يشهد على ذلك رسول الله
 عليه السلام فنحلتني ابي على عاتقه الى رسول الله عليه السلام فاخبره بذلك فقال لك
 ولد سواه فقال نعم فقال اكل اولادك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور *

قوله واعمرتك هذا الشيء اي جعلت لك هذا الشيء مدة عمرك فاذا امت انت فهو
 لي يقال اعمره الدار قال لدهي لك عمرك ومنه امسكوا عليكم اموالكم لا يعمروها فمن اعمر
 شيئا فهو له ومنه العمرى **قوله** فهي للمعمر له ولورثته اي لورثة المعمر له من بعد المعمر له
 يعني يثبت بد الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع **قوله** لان الحمل هو الراكب حقيقة
 فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الراكب وقد سبق في العارية ان قوله حملتك لتمليك
 العين لانا نقول حقيقته الراكب نظرا الى الوضع وهو تمليك العين في العرف والاستعمال ولكن
 الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك **قوله** لما روينا من قبل
 اراد به ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة **قوله** ولو قال داري لك هبة
 بنصب هبة وكذلك او سكنى هبة بنصبهما *

(قوله)

لان العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة يحتملها ويحتمل تملك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قل عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قل ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي لا يجوز في الوجهين لانه عند تملك في المشاع وغيره

قوله لان العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة يحتملها لانه يحتمل هبة المنفعة كان من حقه ان يقول لان السكنى محكم في تملك المنفعة فلعله توهم ان المذكور قبله هبة عارية او عارية هبة فعلم بذلك اولاً ان قوله سكنى عارية فذكر العارية في ابطال مكان السكنى لدلالة السكنى على العارية **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله لان العارية محكم في تملك المنفعة وذلك لان ذلك يحتمل تملك المنفعة فكان اول كلامه محتمل تملك السكنى وقوله سكنى محكم في تملك المنفعة لانه لا يحتمل تملك الرقبة او امته خرج تفسير الاول الكلام في تغييره حكم اول الكلام فصار المحكم قاضياً على المحتمل فكانه قال لك سكنى داري فيكون عارية **قوله** لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير لان قوله تسكنها فعل وان لا يصلح تفسيره المذكور سابقاً ولكنه مشورة اشارة عليه في ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار ليسكنها وهذا معلوم وان لم يذكر فلا يتغير به حكم التملك بمثله قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه **قوله** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة يعني بالمحوز ان يكون مفرغاً عن املاك الواهب وحقوقه وقد احتراز به عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل او وهب النزع في الارض دون الارض لان الموهوب ليس بمحوز اي ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب وقوله مقسومة احتراز عن المشاع فانه اذا جاز وبيع التمر الموهوب على النخيل وكان الثمر مشتركاً بينهما وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة يعني به مالا يحتمل القسمة اي لا يبقى متبقياً (بعد)

كالبيع بأنواعه وهذا الان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلاً له وكونه تبرعاً لا يبطئه
الشيوع كالقرض والوصية ولأن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله
الابض غير إليه وذلك غير موهوب ولأن في تجويزه الزامه شيئاً لم يلتزمه وهو التسمية

بعد التسمية أصل تعدد واحد ودأبه واحدة ولا يمتنع من متعمد بعد التسمية من جنس الانتفاع الذي
كان قبل التسمية كالبيت الصغير الحمام الصغير والثوب الصغير ويعني بما يقسم ان يمتنع
في الحالين قبل التسمية وبعد ها في الذخيرة وذكر الامام الزاهد حدث الطوازي سي رح اذا وهب
الرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العداية يجوز وهو الصحيح وجعل هذا بدمره هبة مشاع
لا يحتمل التسمية وذكر اصل قتال كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصاً في ما يئمه فانه لا يحتمل
التسمية وان لم يوجب التبعض نقصاً في ما يئمه فهو مما يحتمل التسمية خرج على هذا هبة
بعض العدلين ان التبعض يضره وكذلك الدينار الصحيح اذا كان يضره التبعض يجوز هبة بعضه *

قوله كالبيع بأنواعه اراد بأنواع البيع الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان المشاع لا يمنع
تتمام القبض في هذه العقود بالاجماع **قوله** كالقرض والوصية فتصور قرض المشاع انه لو دفع
الف درهم مثلاً الى آخره على ان يكون نصفه قرصاً عليه ونصفه بضاعة او يعمل في النصف
الاخر بشركته فانه يجوز مع ان القبض شرط لوقوع الملك في القرض ولا يشترط التسمية فيه
قوله ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة وهو قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة
فيشترط كماله كما استتبع التبدل في الصلوة لما كان منصوباً عليه يشترط كماله حتى لو استقبل الخطيب
لم يجز لان البيت من وجه دون وجه والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غير الموهوب اليه والحاصل
تبعضاً غير ذلك من النقص من الحاصل متصوفاً بنفسه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون
ثابتاً مطلقاً دون الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض من الشيوع ثابت من وجه دون
وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه
من وجه دون وجه لانه في يده من وجه وفي يد شريكه من وجه فتتمام الحيازة بالتسمية لان (التسمية)

ولهذا امتنع جواز قبض قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عمدا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز

القسمة بجميع الاجزاء المتفرقة ومالم يجتمع لا يصير محوزة على الحقيقة في يده الا بغيرة وذلك غير موهوب فيمتنع تمام الحيازة طاهوله لان ما للبغير غير محوز له من طريق الحكم فاذا لم يتحقق الحيازة في حق ملك الغير وحقه لا يصير محوزا للبغير بصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة الملك * **قوله** ولهذا امتنع جواز قبض قبل القبض اي امتنع ثبوت حكمه وهو الملك **قوله** والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة هذا جواب شبهة ترد على قوله ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة وهي انه يستوجب به المهاياة وان لم يلزمه مؤنة قسمة العين فيما لا يقسم فاجاب بان المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقتى العين فلم يكن ذلك ضمنا في عين ما يتبرع به ولا يرد على هذا ما لو اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم يضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمنان المقاسمة ههنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة ولا يمنع اضافة الضمان الى الهبة الا يرى ان شري القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشري وبه فارق البيع فانه عقد الضمان فيجوز ان يتعلق به ضمان المقاسمة **قوله** فالقبض فيها غير منصوص عليه اي في هذه البيوع حتى يراعي وجوده على اكمل الجهات وقوله عليه السلام يدا بيد بيان التعيين الا ان التعيين في الشئ يكون بالقبض ولان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط الابتداء والبقاء اسهل من الابتداء ولا كذلك في الهبة فان التنصيص على القبض فيها يقع صحيحا فافترقا **قوله** والقرض تبرع (من)

لان الحكم يدار على نفس الشيوع **قال** ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعندة لا شيوع **قال** ولو وهب دمية في حنطة او ذهبا في سمس فالهبة فاسدة فان ضمن وسلمه لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا الواستخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للمالك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجدد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للملك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع

من وجه عقد ضمان من وجه حتى كان المستقرض مضمونا بالمثل فلا يتعداه ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراعى وجوده على اكمل الجهات ثم يشهد بالتبرع شرطا فيه القبض ويشهد بعقد الضمان لم يشترط فيه التسمية وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان *

قوله لان الحكم يدار على نفس الشيوع وهذا لان القبض في الهبة لا يتم في الجزء الشائع قبض الشريك لا يتم باعتبار ما لا قاة الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا له وما يشترط لاتمام العقد فانهما يعتبران بما فيهما ايتنا واما العقد دون غيره ولا يلزم الاجارة فانه يجوز مع الشريك في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشيوع انما يمنع صحة الاجارة لعدم القدرة على تسليم ما آجر به ولا شيوع مع الشريك لان الكل يحدث على ملكه فاما الشيوع فيمنع صحة الهبة لمعنيين ايجاب ضمان التسمية على المتبرع وكون القبض ناقصا بسبب الشيوع والكمال شرط في قبضه لانه منصوص عليه فهنا ان لم يوجد احد المعنيين فقد وجد المعنى الآخر

قوله ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت حكما وهو الملك وان اتصل به القبض مشاعا ويكون مضمونا على الموهوب له اذا قبض وذكر عصام انها يفيد الملك وبه اخذ بعض المشائخ **قوله** لان الموهوب معدوم لان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له وهذا لان قبل الطحن هو حنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشيء الواحد شيئين في وقت واحد مستحيل فعرفنا انه اضاف العقد الى المعدوم فكان انما غاية (ما)

لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع **قال** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد دعيه قبضه لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة ما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه غاية ما في الباب ان الدهن يحصل بالسهم والعصر الا ان العصر آخرهما وجودا فيضاف الوحد اليه كزراعة الحنطة يضاف الي الزراع وان لم يكن بدمن الحنطة والارض فان قيل الدهن لما لم يكن موجودا في السهم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسهم مطلنا ولا يشترط ان يكون الدهن الصافي اكثر مما في السهم قلنا حدوث الدهن يضاف الى العصر لانه آخر المذكورين الا انه لا بد لوجود الدهن من وجود السهم لامحالة ثبت شبهة فيامه بالسهم قبل العصر والشبهة بالحقيقة في باب الربوا ولكن لا يكفي لصحة الهبة *

قوله لان امتناع الجواز للاتصال اي لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الهب مع امكان الفصل وذلك يمنع القبض كالشائع **قوله** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ذاب احدهما من الآخر واذا تعاريا ذاب الاعلى عن الادنى ولا ينوب الادنى عن الاعلى بانه هو ان الشي اذا كان مضمونا في يده او مقبوضا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعا صحيحا جائزا لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبض اذ كل واحد منهما مضمون وكذلك اذا وهبه له ايضا لا يحتاج الى قبض آخر لكون ذلك القبض اعلى وهو كونه مضمونا وكذلك اذا كان الشيء وديعة في يده او عارية فوهبه مالكة من صاحب اليد فانه لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين لان كلا القبضين امانة ولو كانت وديعة عنده او عارية فباعه منه فانه يحتاج الى قبض جديد لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وذكر ابو نصر في شرحه انه اذا كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن القبض الواجب بالهبة ولا بد من قبض جديد وهو ان يرجع الى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها لان العين وان كانت في يده لكنها مضمونه بغيرها الا ان هذا الضمان لا يصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم (يكن)

واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيدته بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عياله والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائرين النافع والضار فالجواب ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جدي اليتيم او وصيه جاز يكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن له بد من تجديد القبض بخلاف المضمون بقهرتها او مثله حيث تصح البراءة عند الايراني انه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز فضارت الهبة براءة من الضمان فيبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة به *

قوله واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والفرق بينهما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع يد المودع حكما فيسكن ان يجعل قابضا لو اوده باليد التي هي قائمة مقام يده فان قبل قد قلتم اذا وهب المودع من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة فبا اعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع مادام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التملك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه

قوله بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا الى آخره يعني اذا كان مال الاب مغصوبا او كذا وكذا لم يتم الهبة بالعقد لانه في يد غيره في الرهن والغصب ارفي ملك غيره في البيع الفاسد فان قبل ينبغي ان لا يتم الهبة اذا كان في يد مودعه لاشترط الكمال في القبض وكون هذا القبض حكما وهو انقص من القبض حقيقة قلنا القبض حكما كاف لاتمام الهبة ولهذا يجوز بالتولية بخلاف الشائع فان قبضه في ضمن الكل والضمني كان لم يكن

قوله والصدقة في هذا مثل الهبة اي في حكم نيابة القبض عن قبض الصدقة كما اذا تصدق على فقير بشيء في يده او على ابنه الصغير **قوله** وكذلك كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي اي اذا وهب الصغير من يعوله شيئا فهو كما اذا وهب الاب لابنه الصغير في حكم القبض (قوله)

لان لهؤلاء ولاية عليه لقيا مهم مقام الاب وان كان في حرامه فقضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من باب ملانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حرام اجنبي يريه لان له عليه يد معتبرة لا ترى انه لا يتم كمن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما ذهب للصغيرة

قوله لان لهؤلاء ولاية عليه وفي الايضاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة اراد بتلك الاربعة الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه واجنبيا لانه ليست لهؤلاء ولاية التصرف في المال فقيام الولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ثم قال وان لم يكن احدهم هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن في عياله اذ كان في عياله فله عليه ضرب ولاية لا ترى انه يورثه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لانه من باب المنفعة **قوله** وكذا اذا كان في حرام اجنبي يريه اي يجوز للاجنبي الذي يريه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الاربعة وفي المبسوط واذا ثبت ان للاجنبي الذي يعوله ان يقبض هبة الغير له كذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وابانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوي ان كان الصبي يعقل او لا يعقل ثم قال وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل القبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف هنا والجواب انه يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه والصغير ينفي ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه يتفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولاية على نفسه وولاية الغير خلف ولا يظهر عند ظهور الاصل **قوله** وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وهو قولنا (و)

(كتاب الهبة)

يجوز قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل
الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام و كل من يعولها غيرها حيث
لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفه هولا للضرورة
لا يتفويض الاب ومع حضرة لا ضرورة **قال** واذا وهب اثنان من واحد ارجاز لانهما سلماها جملة

واما جواب القياس وهو قول الشافعي رحمه الله لا يجوز قبض الصغير بنفسه لانه لا معتبر
بنفسه قبل البلوغ خصوصا فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك
فيما لا يمكن تحصيله له بغيره ولهذا لم يعتبر الشافعي عقله في صحته اسلامه واعتبره في وصيته واختياره
احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره *

قوله يجوز قبض زوجها بعد الزفاف الى آخره جواب عن ان يقال الولاية للاب
عليه فلا يجوز قبض الزوج فاجاب بان الاب اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها
اذا زفت الى بيته وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولو قبض
الاب ايضا صح لبقاء ولايته وان قبضت بنفسها جاز ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم
الاب ولده الصغير الى من يعوله لان من ذلك لا يثبت به الاستحقاق والزواج بحكم الكاح
يثبت له عليها استحقاق اليد حتى صار اولى لها من ابيها **قوله** بخلاف ما قبل الزفاف
لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها بدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف
قوله في الصحيح يتعلق بقوله حيث لا يملكونه وفي النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله
ويملكه مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امراته الصغيرة مع حضرة
ابيها في الصحيح وانه بعيد وانما قال في الصحيح لان فيه خلافا في الخلاصة وذكر المصدر
الشهيد رحمه الله ان قوله في الكتاب الام انما تملك قبض الهبة للصغير اذا لم يكن للصغير
اب هذا ليس بامر لازم فانه ذكر في الاصل الاب اذا زوج ابنته الصغيرة من رجل
فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ وذكر (في)

وهو قد قبضها جملة فلا شيوخ وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة ر ح
وقال يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذا التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كما اذا رهن
من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل
احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه
في فتاوى قاضي خان ولو كان الصغير في عيال الجدا والاخ والعم والام فهو له هبة
فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والاب حاضرا خلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز
والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج واب الصغير حاضرا *

قوله وقد قبضه جملة فلا شيوخ والمؤثر الشيوخ عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل ثم
سلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز والفائدة فيه ان الشائع محال حكم
الهبة وهو الملك الشائع يقبل الملك لكن الملك موقوف على القبض الكامل وذاك لا يتحقق
ائع فظهر اثر الشيوخ في حق القبض دون العقد فصح العقد فاذا زال الشيوخ وورد
القبض على غير الشيوخ بقي على الصحة **قوله** كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان
تأثير الشيوخ في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة
بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولان الشيوخ انما يؤثرا اذا وجد في الطرفين
جميعا فاما اذا حصل في احد الطرفين فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمانا و ابو حنيفة ر ح
يقول قبض كل واحد منهما الا في جزء شائع وذلك غير موجب للمالك فيما يحتمل القسمة
بحكم الهبة كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تأثير الشيوخ باعتبار
ان القبض لا يتم معه وذلك موجود ههنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه
مع الشيوخ لان القبض في المشاع لا يتحقق على سبيل الكمال فان قيل هلا علقتم الملك بالتسليم
ولا شيوخ فيه دون القبض فان الملك انما يتعلق بالقبض لنفي الضمان من المتبرع فوجب ان يعتبر
جانبه وهو التسليم لا جانب القبض قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكن من القبض على
سبيل الكمال لانه طريق للقبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم * (قوله)

(كتاب الهبة)

وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كمالا لاشيوع ولهذا الوقضي دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين عشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجوز وقال يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحيه ثابتة لان كل واحد تملك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الجامع وفي الاصل سوي قتال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها والآخر ثلثها لم يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز واو قال لاحدهما نصفها والآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان فابو حنيفة رح مروي اصله وكذا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الابعاض بظهران قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض *

قوله وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع اي على اعتبار ان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف **قوله** وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم يعني لم يجوز الهبة من اثنين وجوز الصدقة منهما **قوله** وفي الاصل سوي ذكر في الاعمال عتبت مسألة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان التصديق على اثنين في ما يحتمل القسمة باطل عند ابي حنيفة رح كالهبة لتوقفهما على القبض فوجب ان يستويا في هذا ايضا اذا لمفسد واحد وهو الشيوع وفرق بينهما في الجامع الصغير ووجه الفرق المذكور في المتن وفيه وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين **قوله** ولو قال لاحدهما نصفه والآخر نصفه في الايضاح روي عن ابي يوسف رح اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا انصفها وللآخر نصفها فهو جائز لان هذا يصلح ان يكون تفسيره للحكم الواقع بالهبة فجعل مجازا عنه (فلم)

باب الرجوع في الهبة

قال وإذا هب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده علي أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له فلم يعتبر ذلك شيوعا في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا انصفها لم يجز لانه يظهر الشيوع هنا في نفس العقد ونمته في حكم العقد ثم فرق ابو يوسف رحمه الله في احد الروايتين بينهما اذ انص على الابعاض متساويا ومتفاضلا والفرق ان حالة التفصيل متى كانت لا يخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت يخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل (لان كلام العاقل لعائدته لا يعبد) فان لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا انصف بينهما فالتفصيل لف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال هو التصيف فلا يعتبر تفصيله واذ تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فلا بد من اعتباره واذ اعتبر يترق العقد ويظهر الشيوع في كلا العقدين وهذا بخلاف الرهن لان حالة التفصيل نمته يخالف حالة الاجمال في الوجهين لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الدل وعند التفصيل لا يثبت سواء كان التفصيل متساويا او متفاضلا *

باب الرجوع في الهبة

قوله قال وإذا هب هبة لأجنبي احترز بالأجنبي عن القريب المحرم وجعل القريب غير المحرم في حكم الأجنبي فله الرجوع فيها اي بالتراضي او بقضاء القاضي اذا لم يقترب بها ما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعده اغنى عن ذكر القيود *

قوله بخلاف هبة الوالد لولده علي أصله فان من اصل الشافعي ان للاب في مال الابن حق الملك وعن هذا لم يجوز للاب ان يتزوج امة ابنه لان له فيها حق الملك لقوله عليه السلام ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه وقوله عليه السلام انت وما لك (لا)

(كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة)

ولما قوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم ينسب منها اي مالم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية النسخ عند فواته اذا العقد يتقبل والمراد بما روي نفي استبعاد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكرامة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستتباع لا يملك وهذا بطلان هبة يوجب حقيقة الملك في مال ابنه ثم هو وان لم يثبت الحقيقة فلا اقل من ان يثبت الحق فلا يجوز له ان يتزوج امته لذلك كما لا يجوز للمولى ان يتزوج امته مكاتبه * **قوله** ولما قوله عليه السلام الواهب احق بهبته مالم ينسب منها ولا يقال ان المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق لها وهذا يقتضي ان يكون غيره فيه حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلأ قوله مالم ينسب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله **قوله** والمراد بما روي نفي استبعاد الرجوع يعني الواهب لا يستبعد بالرجوع في هبته بل لا بد من القضاء والرضاء الا الوالد فانه يستبعد بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للاتفاق على نفسه وذلك قد يسمى رجوعا في الهبة مجارا كما روي ان عمر رضي الله عنه حمل واحدا على فرس في سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فاراد ان يشتريه فنهاه رسول الله عليه السلام عن ذلك وقال لا تعد في هبتك مع ان الشراء لا يكون رجوعا حقيقة والمراد لا يحل الرجوع عديا لله ومروءة لقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شعبان وجارة الى جنبه طاو اي لا يلبق ذلك في الديانة والمروءة وان كان جائزا في الحكم اذ لم يكن عليه حق واجب وهكذا تقول لا يلبق بالمروءة الرجوع ويكره الا ترى الى قوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا التشبيه في معنى الاستتباع والاستنذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي الا ترى انه قال في رواية كالكلب يقي ثم يعود في قبته وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه تقول انه مستقبح *

(قوله)

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان بعوضه عنها الحصول المقصود او يزيد زيادة منصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد * **قال** او يموت اجد المتعاقدين لان يموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصاركما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي من العقد اذ هو ما اوجبه **قال** او تخرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقصه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه * **قال** فان وهب لآخر ارضاً بيضاء فانتبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او كانا او اربا وكان ذلك زيادة فيها

قوله ثم للرجوع موانع هي سبعة احدها قبض العوض وثانيها الزيادة المنصلته كالغرس والبناء والسمن ولو كانت الزيادة منفصلته بان كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج او فجور فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل دون الزيادة * **مسألة** ان كانت الزيادة من سعره ان يرجع لان زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب وثالثها زيادة رغبة الناس فيه والعين بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع وثالثها موت احد المتعاقدين ورابعها خروج الهبة عن ملك الموهوب له وخامسها المحرمية بالرحم وسادسها الزوجية وقت الهبة حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامرأة هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها وسابعها هلاك الموهوب له ويجمع الكل دمع خرقه فالدال الزيادة وتليم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية والفاء القرابة والهاء هلاك الموهوب **قوله** فان وهب لآخر ارضاً بيضاء الزيادة في الارض قد لا تعد زيادة وقد تكون زيادة في الكل بان ازدادت بها قيمة الكل وقد تعد زيادة في قطعة منها اما اذا بنى دكانا يعد ذلك زيادة في الدار لان الزيادة في جانب الدار بوجوب زيادة في كل الدار فانه يزداد بها قيمة كل الدار كما اذا كان في احدى عيني الجارية بياض فزال البياض فالزيادة في عينها يكون زيادة في كل الجارية وان كانت في موضع خاص كذا هذا الآري المعلق عند العامة وهو مراد الفقهاء وعند العرب الآري الاخية وهي عروة حبل يشد فيها الدابة في مجلسها فاعول من تارى بالمكان اذا اقام فيه كذا في المغرب (قوله)

(كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة)

فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعته منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها. **قال** فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه الصلوة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المتصور صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب فلا رجوع **قال** واذا قال الموهوب له للمواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فتبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا

قوله فليس له ان يرجع في شيء منها فان ترانعا الامر الى القاضي لم يقض لما كان الزيادة ثم ان الموهوب له هدم الزيادة وقلع الشجر ومادت كما كان للمواهب ان يرجع لزوال المانع بخلاف ما لو اشترى عبدا اعلى انه بالخيار ثلثة ايام فحُم العبد في الايام الثلثة فخاصمه في الرد وبطل القاضي حق المشتري لمكان الحمى ثم زال الحمى قبل مضي ثلثة ايام ليس له ان يرد والفرق ان حق الواهب في الرجوع لا يحتمل السقوط حتى لو قال اسقطت او بطلت لا يسقط فلا يسقط بسبب الزيادة الا انه امتنع لما منع فاذا زال فله الرجوع فاما حق المشتري فيحتمل السقوط بقوله اسقطت فكذا باسقاط القاضي كذا ذكره الخبازي رحمه وذكر صاحب النهاية فيه رجل وهب لرجل وصيفا ثبت عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخا فاراد الواهب ان يرجع فيه وفيمة الساعة اقل من قيمته حين وهبه فليس له ان يرجع فيه لانه زاد من وجهه وانتقص من وجهه وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك **قوله** واذا قال الموهوب له للمواهب خذ هذا عوضا عن هبتك وصورة التعويض ان يذكر لفظ يعلم الواهب انه عوض هبته بان يقول الموهوب له هذا عوض هبتك او جزء هبتك او ثواب هبتك او بدل هبتك اما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع في هبته وفي المبسوط وسواء (كان)

وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض
 لا سقاط الحق فيصح من الاجنبي كبذل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
 لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع
 كان العوض شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسها لان هذه ليست بمعاوضة محضة
 فلا يتحقق فيها الربو وانما تاتى العوض في قطع الحق في الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق
 في ذلك بين القليل والكثير اذ ائبناه للواهب ورضي به الواهب ويشترط شرائط الهبة
 في العوض من القبض والا فرازاله تبرع وينبغي ان يكون من غير الموهوب اما اذا عوض
 شيئا من الموهوب عوض الموهوب لا يجوز وفي المبسوط وان كانت الهبة الف درهم والعوض
 درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع في الهبة وكذلك
 ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفران هذا يكون عوضا لان ملك الموهوب له
 ان يهبه بالقبض فالتحق المتبوض بسائر امواله وكما يصلح سائر امواله عوضا عن الهبة
 قل ذلك او كثر فذلك، هذا وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا الا يحصل لانا نعلم يقينا
 انه بهبته الف درهم له ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان سالما له *
قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض بين الحكم في التبرع ليثبت الحكم
 فيما اذا عوضه بامر الموهوب له بالطريق الاولى لان ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه
قوله كبذل الخلع وبيانه ان التعويض في الهبة يفيد الموهوب له بسقوط حق الرجوع وهذا
 السقوط ليس بشيء فيصح العوض عن الاجنبي كالخلع فان المرأة يستفيد ببذل الخلع سقوط
 ملك الزوج عنها وقد جاز البذل على الاجنبي بخلاف الثمن في باب البيع لان المشتري
 يسلم له المبيع فلا يجوز وجوب الثمن على الاجنبي ابتداء بمقابلة سلامة المبيع له وكذلك الصلح
 عن انكار ما لم يسلم للمصالح الاسقوط حق الخصومة يجوز ان يجب بدل الصلح على الاجنبي
 ابتداء بدون ان يجب عليه وكذلك الصلح عن دم العمد لانه اسقاط وكذلك الصلح عن
 دين سواء كان باقرار او بانكار وفي المبسوط قال كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من (دينه)

وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل في الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد **قال** وان وهب دارا فعوضه عن نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف **قال** ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون

دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المدينون فهذا امثلة *

قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اي بنصف الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر وهو الموهوب فانه لو استحق نصفه برجع بنصف العوض لان كل واحد منهما يصير متقابلا بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عايه ان يرجع على صاحبه بنصف ما بقا بله ولنا ان الباقي يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فان قبل في الابتداء يجعل تملك النصف عوضا له عن جميع الهبة واما في الاستحقاق فهو قد جعل تملك الكل عوضا عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على ان النصف عوض عن نصف الهبة فلا يجوز ان يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع قلنا هذا التقسيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض فيتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له ان يرجع في شيء من الهبة مع سلامه جزء من العوض وذكر في الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض شرا لانها يتم تبعا ومبادلة فيوزع البديل على المبدل فاما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلة وان كثرت فلا يطل شيء من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة **قوله** لانه اي لان الرجوع (مختلف)

وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدوا اذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا لحق الفسخ من الاصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا **قال** واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع

مختلف بين العلماء فمنهم من رأى ومنهم من ابنى وفي اصل الرجوع وها هي ضعف وفي المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهي التحمل يهي وهيا اذا ضعف وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز ان يكون مرادة الثواب والتحية على هذا لا يرجع لحصول مقصودة ومن الجائز ان يكون مرادة العوض وعلى هذا يرجع الفصل بالرضا او بالقضاء لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا من له ولاية عامة وهو القاضي او منهما لولا يتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض *

قوله وهذا دوام عليه اي القبض المحقق دوام ذلك القبض الذي لم ينعد سببا للضمان **قوله** حتى لا يشترط قبض الواهب يعني لو كان كالهبة ابتداء لكان القبض شرطا كما في الهبة المبتدأ ولما صح الرجوع في النصف للشبوع **قوله** فيظهر على الاطلاق اي الفسخ يظهر على الاطلاق حالتي القضاء والرضاء لان استيفاء الحق لا يتوقف على القضاء وهذا لان حق الواهب في الرجوع مقصود على العين وفي مثله القضاء وغيره سواء كالاخذ بالشفعة بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا في حق الثالث لان المشتري لا حق له في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يكن سليما وفات المشروط كان له ان لا يرضى فيثبت حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث على القضاء **قوله** بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اي بعد قبض المشتري اما قبل القبض ففسخ من الاصل **قوله** لان الحق هناك في وصف السلامة يعني ان في فصل الرجوع (في)

فلا تستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لافي غيره
قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء
 فان تقابض صحيح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخير الروية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع
 انتهاء وقال زفر والشافعي رح هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض

في الهبة عما يفعلان عين ما يفعله الناضي فيكون فسخا وفي الرد بالعيب الناضي يلزم
 على الخصم اولا تسليم وصف السلامة اذا عجز البائع عن ذلك يفسخ البيع فهما لم يفعلا
 مثل فعل القاضي فلهذا لم يصرف فسخا بل يكون بمنزلة البيع ابتداء *

قوله فلا يستحق فيه السلامة لانه لم يلزم السلامة لا صريحا ولا دلالة اما صريحا فظاهر واما
 دلالة فلان دلالة الالتزام في المعاوضة سلامة البديل له وهذا المعنى معدوم هنا **قوله** وهو غير
 عامل له احتراز عن المودع اذا هلكت الوديعة في يده واستحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على
 المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ وعن المضارب اذا اشترى شيئا بمال المضاربة
 ثم استحق رأس المال وضمنه المستحق فان المضارب يرجع بالثمن على رب المال لانه
 عامل له اما الموهوب له فغير عامل للمواهب فلا يرجع عليه **قوله** والغرور في ضمن عقد
 المعاوضة سبب الرجوع كما في ولد المغرور فانه يرجع بقيمة الولد على البائع وان لم يوجد
 المعاوضة في الولد ولم يعمل البائع ولكنه مغرور في ضمن المعاوضة فيصلح سببا للضمان لان
 المعاوضة عقد ضمان فما كان في ضمنه جازا ان يكون سببا للضمان لان المتضمن له حكم
 المتضمن ولا كذلك هنا فان الغرور ليس في ضمن عقد المعاوضة **قوله** واذا وهب بشرط العوض
 اعتبر التقابض في العوضين الى آخره ذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير هذا الذي
 ذكره فيما اذا ذكره بكلمة على وما لو ذكره بحرف الباء بان قال وهبت منك هذا العبد ثوبك
 هذا او بالف درهم وقبله الاخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع **قوله** لانه هبة ابتداء فان قيل
 لم ينعكس الامر قلنا لان الهبة انعقاد العتد باللفظ والمقصود هو الحكم وانه بعد تمام العتد (فنعقد)

والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالا لنفسه *

فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لأن العقد به ينقد وعند التمام اعتبرنا المقصود كذا في المبسوط * **قوله** والعبرة في العقود للمعاني الأثرى أن الكفالة بشرط براءة الأصل حوالته والحوالة بشرط مطابقة الأصل كفالة وأنه لو وهب بنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امرأته لنفسها يكون إلقاء ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان إبراء فاللفظ واحد وإن اختلفت العقود لاختلاف المعنى والمقصود **قوله** وقد أمكن جواب لأن يقال لا يمكن الجمع هنا لتحقيق المناقاة بين العقدین فان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللازمين مستلزم لتنافي الملزومين فتتحقق المناقاة بين البيع والهبة ضرورة قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب عليه الملك كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد يقع لازمة كهبة القريب وغيره وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما إذا جعلناها هبة ابتداء وبيعا انتهاء فلم لا يجوز وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لأنه لا يمكن فيه تحقق البيع والاعتاق لأنه لا يحتمل معنى البيع بوجه ما إذا العبد لا يصلح مالا لنفسه لأنه لا يملك غيره مالا فكيف يملك لنفسه والله أعلم بالضواب * (فصل)

فصل

قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بينا في البيوع فانقلب شرط فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح من دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لانه الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك

فصل

قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد الاصل ان ما لا يصح افرازة بالعقد لا يصح استثناء من العقد والهبة لا يعمل في الحمل لكونه جزء منها حقيقة وحكما ولهذا يتحرك بتحركاتها ويسكن بسكونها وهو متصل بها اتصال خلقه ويدخل في بيعها واعنائها وصيتها بدون الذكر فلا يجوز الاستثناء لان الاستثناء في الاطراف والاجزاء لا يتحقق لان الدليل المستنبع قائم ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في المملووظ والحمل بمنزلة جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناءه لانه ليس بمملووظ اذا لم يكن تصحيحه استثناء يبقى شرط فاسدا لانه على خلاف مقتضى العقد لان العقد يقتضي دخول جميع الاوصاف وهذا يقتضي خلافه **قوله** وهذا هو الحكم في النكاح الى آخره بان تزوج امرأة على جارية واستثنى حملها يبطل الاستثناء وتصبح الجارية مع الحمل مهر او كذلك اذا جعل الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى حملها لا يصح الاستثناء وبصير الحمل والجارية بدل الخلع **قوله** ولو اعتق ما في بطنها (ثم)

فان وهبها له على ان يردّها عليه وعلى ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه
 بدارءى ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط
 تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي صم اجاز العمرى
 ثم وهبها جازت لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ووجه المشابهة ان
 في صورة اعتاق الحمل لا يبقى الحمل على ملك الواهب فكذا في استثناء الحمل
 لان الحمل لا يبقى ايضا على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل ولو دبر
 ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء والفرق ان التدبير
 لا يزال ملك المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب وهو في ملك الواهب فصا كهبته
 المشاع فيما يقسم او كهبته شيء مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق مزيل ملك المعنق
 فاذا هب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب
 نعم باب ارضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة يتم كذا هنا
 وفي الكافي وشبه الاعتاق بالاستثناء في الهداية من حيث ان الهبة تصح في الامة كما في
 فصل الاستثناء ونفي التشبيه في فصل التدبير من حيث ان الهبة لا تصح في الامة لان تدبير
 الولد مانع فلم يكن نظير الاستثناء وفي الايضاح والمعنى فيه ان الملك في باب الهبة
 متعلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشرط وانما الشرط يؤثر في العتود الشرعية
 لان الحسيات اذا وجدت لامر دأها فلا يمكن ان يجعل عدم ما فعلى هذا كان ينبغي ان لا يفسد
 الرهن لان حكمه يتوقف على القبض والفرق ان القبض في باب الرهن اعتبر حكما للرهن
 فان حكم الرهن بد الاستيفاء وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يؤثر في العقد وما في
 باب الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان القبض في حكم ركن العلة في باب الهبة
 والفساد لا يؤثر في الركن فلغا الشرط واعلم ان استثناء ما في البطن تنقسم ثلاثة اقسام في قسم يجوز
 التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وفي قسم لا يجوز اصل
 التصرف كالبيع والاجارة والرهن وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية * (قوله)

وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربو وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات **قال** ومن له علي آخر ألف درهم فقال اذا جاء خذ فهي لك وانت منها بري او قال اذا اديت الي نصف فلك نصفه وانت بري من النصف الباقي فهو باطل لان البراء تملك من وجه اسقاط من وجه هبة الدين ممن عاين براء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تملكه ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها **قال** والعمرى جائزة للمعمر حال حيوته ولورثته من بعده لما رويناه ومعناه ان يجعل دارة له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التملك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبي باطله عند ابي حنيفة ومحمد راجح وقال ابو يوسف راجح جائزة لان قوله داري لك تملك وقوله رقبى شرط فاشد كالعمرى ولهذا لا يملكه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل واذا لم تصم تكون عارية عندهما لا يتضمن اطلاق الانتفاع به *

قوله وابطل شرط المعمر العمرى تملك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له لان معنى العمرى ان تقول ملكتك هذه الدار مادمت حيا او عمرك فاذا مت فهي لي **قوله** لان الدين مال من وجه اي بالنظر الى المال حتى وجب فيه الزكاة ووصف من وجه اي بالنظر الى الحال حتى لا يحث لو حلف ان لا مال له ولهذا يرتد بالرد وهو آية التملك ويتم بلاقبول وهي اشارة الاسقاط والتعليق بالشرط مشروع في الاسقاطات المحضة والاسقاطات المحضة وهي التي يحلف بها دون ما فيه معنى التملك **قوله** لما روينا اراد به قوله عليه السلام فمن اعسر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده **قوله** والرقبي باطله عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة حاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رحمه الله (هذا)

فصل في الصدقة

قال الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الي ان تكتسب فاذا اكتسب ما لا يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل *

هذا اللفظ على انه تسليم الحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا في نفس التملك لان معنى الرقبى عند هذا ان مت قبلك فهو لك وكان هذا تعليق الشافعي لخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل والله اعلم *

فصل في الصدقة

قوله لما بينا في الهبة اراد به قوله ولان في تجبوزة الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة قوله وكذا اذا تصدق على غني استحسانا اي لارجوع في الصدقة على الغني ايضا كما لارجوع في الصدقة على الفقير ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد به العوض دون الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء في ان المقصود الثواب فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة فكذلك في الصدقة ولكننا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال الممتلك ثم التصديق على الغني يكون قرينة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا يملك نصا باوله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا النبل الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع والله اعلم * (كتاب)

كتاب الاجارات

الاجارة عقد ترد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس بأبهي جواز لان المعتود عليه المنفعة وهي معدومة و اضافة التملك الي ما سيوجد لا تصح الا اذا جوزناه لاحتاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قولنا عليه السلام اعطوا الاجير اجرة قبل ان يحرق عرقه وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجرة وتعد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط

كتاب الاجارات

مسألة. ث الاجارة لغة مذكورة في المغرب وغيره على الاستقصاء

قوله الاجارة عقد يرد على المنافع احتريزه عن بيع الاعيان **قوله** بعوض احتريز من العارية **قوله** و اضافة التملك الي ما سيوجد لا يصح لان المعدوم ليس بمحل العقد لانه ليس بشيء فيستحيل وصفه بانه معتود عليه ولانه لا بد من ملك المعتود عليه بعد الوجود لان العقد والمعدوم لا يوصف بانه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المعاضات لا يحتمل الاضافة كالبيع **قوله** والدار اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها هذا عندنا ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمل العقد يظهر في المنفعة ملكا واستحقاقا اي ثبت الملك والاستحقاق معا حال وجود المنفعة فعقد الاجارة ينعتد شيئا فشيئا حسب حدوث المنافع بمنزلة الوصية المضافه الي ما يثمر من نخله والطلاق المضاف الي شهر بخلاف بيع العين فان الملك في العين في البيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق الي زمان نقد الثمن وعند الشافعي رحمه الله يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فان العقد يستدعي محلا ينعتد به اذا شرع حكم بالانعتاد والمأزوم وهو وصف العقد المنعتد فحكمنا بوجود المحل لينعتد العقد وما ذهبنا اليه من اقامة الدار مقام المنفعة اولى (لان)

الاجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة

لان جعل السبب مقام المسبب امر شائع في الشرع اما جعل المعدوم موجودا بخلاف
الاصل اذ المعدوم مع الوجود متنافيان ولهذا اقيمت المرأة مقام ما هو المقصود من النكاح في حكم
العقد و اقيمت الذمة التي هي محل للمسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم
وهذا الان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا في نفسه مقدور التسليم وللشارع
ولاية ان يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطنة في الرحم
ولا حيوة فيها كالحية حكما في حق الارث والعنق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما
وهو المرتد الا حق بدار الحرب واقرب من هذا السلم فانه بيع المعدوم حقيقة لكن الشرع جعل
العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم رخصة وترفيها باعتبار ثبوته في الذمة
الثبوت في الذمة قائما مقام العين القائم حال العقد كذا هنا والله تعالى ان ينصب
الاحدم ر شر ك في حكمه احدا لكان نقول جواز العقد ليس باعتبار ان المنفعة المعدومة
يجعل مودا حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانها عرض لا يتصور
بناؤها وقتين ومالا بقاء لها كيف يتصور تسليمه بحكم العقد فلا يكون محلا للعقد المعوضة بل
باعتبار ان عين الادار المنتفع بها اقيم مقام المنفعة في حق صحة الاجاب ليرتبط الاجاب بالقبول
ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى قولنا ان عقد
الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وهذا لان اقامه السبب
مقام المسبب اصل في الشرع كاقامة السفرة مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل الى غير ذلك
من النظائر ولا عهد لنا في الشرع ان يجعل المعدوم موجودا مع ان فيه قلب الحقيقة ولم يكن
الجواز في السلم بطريق ان المسلم فيه اخذ حكم العين بل باعتبار ان الذمة التي هي محل للمسلم
فيه اقيمت مقام المسلم فيه في حق جواز السلم او باعتبار ان المسلم فيه اعطي له حكم الثمن على
انه يقدر الشيء حكما اذا كان يتصور حقيقة والمسلم فيه يتصور وجوده حقيقة فيمكن (تقديره)

(كتاب الاجارات)

ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه و
بدله تنفي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جازان يكون ثمنا في البيع جازان يكون
اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالا عيان

تقديره حكما والمنافع التي يحدث في المدة لا يتصور وجودها جملة حقيقة فلا يتصور حكما وكذا
الحى يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ثم للشافعي رحمه الله تعالى مسائل على
هذا الاصل منها ان الاجرة يملك بنفس العقد ويستوفي للحال لانه اعطي للمنافع المعدومة
حكم الموجود المملوك في صحة الاجارة فيصير بمنزلة بيع عين موجود والبيع المطلق يوجب
الملك في الثمن حالا ومنها اذا آجروا شهريين فلم يسلم شهرا واراد التسليم في الثاني
لم يجبر على التسلم كما اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ولم يسلمهما حتى هلك احدهما
فان المشتري ينخبر في قبض الباقي ومنها اذا مات احد المتعاقدين لم يطل وورثت المنافع
وكذلك الموصي لدبسكنى الدار اذا مات ورثت عنه السكنى لانها صارت للموصي له ومنها
ان المولى اذا آجر عبده سنة ثم اعتقه بقي العقد لان منفعه صارت في حكم المملوكة للمستاجر
والخارجة عن حكم المولى والعبد فلا يصير له بالعتق وكذا الوصي اذا آجر اليتيم سنة ثم بلغ
اليتيم لم يملك نقضه كما لو كان باع ماله *

قوله ولا تصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا وهو قوله عليه السلام
من استاجر اجيرا فليعلمه اجرة وهذا الحديث بعبارة دل على اشتراط اعلام الاجرة
وبدلالة على اشتراط اعلام المنافع وهذا لان المنافع هي المعقود عليه في عقد الاجارة والاجرة
معقود به وفي العقود الاصل هو المعقود عليه وما المعقود به فيجبري مجرى التبع فلما اشترط
اعلام التبع كان اشتراط اعلام المتبوع اولي فكان اشتراط اعلام المنافع تابنا بدلالة الحديث
فصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعاه من اشتراط اعلام المنافع واعلام الاجرة
قوله كالا عيان نحو العبد والثياب *

(قوله)

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنفعة تارة تصير معلومة بالمدة
 كاستيجار الدور السكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي
 مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت
 المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالبت المدة او قصرت
 لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة
 الطويلة كيلا يدعى المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار

قوله فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره وهو قوله وما جازان يكون ثمن في البيع جازان يكون
 اجرة لان الاجر عوض مال فكل ما هو مال وصلاح عوضا صلاح اجرة اما الثمن فما يجب
 في الذمة فيختص بما يشتر في الذمة **قوله** اذا كانت المنفعة لا تتفاوت هذا احتراز
 عن ما اذا كانت الارض للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع
 فيها لان ما يزرع فيها متفاوت على ما يجبي بيانه في الكتاب **قوله** وهي ما زاد على ثلاث
 سنين وهو المختار للفتوى المتولي اذا آجر الموقوف فان كالموقوف شرط ان لا يواجر اكثر
 من سنة لا يجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته الى ثلاث سنين اما
 الاجارة اكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشائخ بلخ رح لا يجوز وقال بعضهم يرفع الى
 الحاكم حتى يبطله وبه اخذ الفقيه كذا في التتمة والحيلة في ان يجوز اكثر من ثلاث سنين يرفع الى
 الحاكم حتى يجوزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع
 الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما
 زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي شرح حيل الخصاص الحيلة
 لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقد متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة
 فيكتب استاجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقودا كل عقد على سنة فيكون العقد الاول
 لازما والثاني غير لازم لانه مضاف كذا في الذخيرة *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجر متى يستحق)

قال وتارة يصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطة او استأجر دابة ليحمل عليها مقدار معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب والون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الواحد ولا بد من بيان الوقت

قال وتارة يصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا بان ينقل هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراده ان ينقله والموضع الذي يحمل اليد كانت المنفعة معلومة فيصح العقد *

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعتود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابل من البدل ولان العقد ينقدشيه فشيئا على حسب حدود المنافع على ما بينا واعتد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي

قوله وتارة يصير معلومة بنفسه اي بنفس العقد **قوله** كما في اجير الواحد وفي بعض النسخ الاجير الواحد والاصح هو الاول في المغرب اجير الواحد على الاضافة بخلاف الاجير المشترك من الواحد بمعنى الوحيد ومعناه اجير المستأجر الواحد وفي معناه الاجير الخاص ولو حرك الحاء يصح لانه يقال رجل واحد اي مفرد والله اعلم بالصواب *

باب الاجر متى يستحق

قوله الاجرة لا تجب بالعقد المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فان الاجرة لو كان عبدا فاعتقه المواجر قبل وجود احدى معان ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لضم اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فانه عقد معاوضة فيعتبر فيه المساواة ولم يوجد في جانب المقر عليه لانفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذلك في جانب العوض فان قيل (لو)

في جانب المنفعة التراخي في البذل الاخر واذا استوفى المنفعة ثبتت الملك في الاجر
لتحقق النسوية وهكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقاله وقد ابطله
لولم يكن نفس العيوب ثابتا لما صح التعجيل من المستأجر والابراء من المواجه قلنا انما صح
ذلك نظرا الى انعقاد السبب في النظر الى انعقاد السبب يجب ان يكون الحكم مرتبا عليه
كما في سائر العقود وانما التراخي للضرورة وبهذا يتقضى ايضا عن قول القائل ينبغي
ان لا يصح شرط التعجيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب
من جهة العباد لاننا نقول لانم بانه ليس بمقتضى العقد فان العقد يقتضيه كما في البيع الا انه
ترك بعارض وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح
وقال الشافعي رحمه الله بملك بنفس العقد ويجب تسليم الدار والدابة الى
المأجر لانها عقد معاوضة فمطلته يوجب ملك البذل بنفسه كعقد البيع وهذا لان المنافع
سارت موجودة حكما في انعقاد العقد اذ من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه
موجودا مقدورا التسليم والشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم
ولا حيويتها فيها كالحية حكما في حق الارث والعنق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما
وهو المرند اللاحق بدار الحرب وهذا كما سلم فانه بيع المعدوم حقيقة ولكن الشرع جعل العين
المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم كذا هنا قلنا هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل
البديلين في الملك والتسليم اي ثبتت الملك في العوضين معا كالبيع لان من قضية المعاوضة
المساواة ثم احد البديلين هو المنفعة لم يصير مملوكة بنفس العقد بل تراخي حكم العقد فيها
الى حين وجودها فكذا الاجر وهذا لانه معدوم في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتصف
المعدوم به وانما يملك المعقود عليه في الحال لو ملك البذل لملك بغير عوض وهذا ليس بقضية
المعاوضة وجواز العقد ليس لما ذكره بل باعتبار اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهو المنفعة
ضرورة تصحيح العقد ليربط الايجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك البذل بنفس
العقد بل في حق البذل كالعقد المضاف الى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله * (قوله)

(كتاب الاجارة باب الاجر متى يستحق)

واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقبض تسليم المحل مقامه اذا تمكن من الانتفاع بثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للمتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فأت التسلیم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذا الانقضاء في بعضها ومن استأجر دارا فللموحر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه يقول اولالا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه لان المتعود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المتعود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساد عند تحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تغضي الى ان لا يتفرغ غيره فيتضرر به فتقدم ما دنا ذكرنا * **قال** وليس للتقاصر والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في المعص غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم *

قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها يعني اذا تمكن من الاستيفاء في المدة وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة اما في الاجارة الفاسدة يشترط وجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء والتمكن من المستأجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استأجر دابة الى الكوفة وقبضها وامسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي رحمه الله يجب الاجرة في الوجهين كذا في النهاية **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا يريد به قوله لان العمل في البعض غير منتفع به وهذا ونع (مخالفا)

قال ومن استأجر خباز الخبز في بيته فقبض من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من الثور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجته ثم احترق من غير فعله فله الاجرة لانه صار مسلماً بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر **قال** ومن استأجر طباطبا يطبخ له طعاما للولاية

مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير والخرايا لم يضمنوا طباطبا يطبخ له في بيت تاجر قميصا وخابط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما حاط فان كل جزء من العمل لما الى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم في ذلك الجرة على حصول كمال المقصود وذكر الامام القاضيان رحمهما الله في هذا الاستأجار خبازا يطبخ له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكره كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف رحمه الله اتبع صاحب التجريد (ابا الفضل الكرماني رحمه الله) والله اعلم بما هو الحق عنده *

قوله ومن استأجر خباز الخبز في بيته اي في بيت المستأجر فان اخرجته ثم احترق من غير فعله فله الاجر ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا لانه لم يهلك بصنعهما اما عندهما فلا لانه هلك بعد التسليم وذكر القدوري في شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه اجير مشترك والعين في يده امانة عنده مضمونة عندهما فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته وقال القدوري رح لا ضمان عليه في الخطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان لا قيمة له كذا في الذخيرة * (قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجر متى يستحق)

فالغرف عليه اعتبار المعروف **قال** ومن استأجر انسانا فليضرب له ليلنا استحق الاجرة اذا اقامه
عند ابي حنيفة رح وقال لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريح من تمام عمله اذ لا يوم من
من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من النور ولان الاجير هو الذي بتولاه عرفا وهو المعتبر
فيما لم ينص عليه ولا ابي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريح عمل زائد كالنقل
الا ترى انه ينتفع به قبل التشريح بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه
طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج *

قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار واصباغ فله ان يحبس العين حتى
يستوفي الاجر لان المعتود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل
كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد
في الحبس فبقي امانته كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعتود عليه قبل التسليم وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعدة لكنه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمول وله الاجر وسنتين من بعد ان شاء الله تع *

قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح
لان المعتود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا ينصور حبسه فليس له ولاية الحبس

قوله فالغرف عليه اي اخراج المرقعة من القدر الى القصاع عليه وان استوجر بطنج قدر
خاص فاخراج المرقعة من القدر ليس عليه كذا في الايضاح والمحيط والمرجع في الجميع
العرف **قوله** استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يستحقها حتى
يشرجه هذا اذا ضرب اللين في ملك المستاجر فان ضرب به في ملك نفسه فلا يجب الاجر
عنده الا بالعد عليه بعد اقامتها وعندهما بالعد عليه بعد التشريح كذا في نظم الزند وبستي
قوله وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار واصباغ فله ان يحبس العين اختلف المشائخ
في قوا اصحابنا كل صانع لعمله اثر في العين ان المراد به العين والاجزاء المملوكة للصانع (١)

و غسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون المراد حق حبسه لاستيفاء
 الجمل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس
 وهذا الذي ذكرناه مذهب علما يثا الثلاثة وقال زفر ح ايس له حق الحبس في الوجهين
 لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولما ان الاتصال بالمحل ضرورة
 اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض
 المشتري بغير رضا البائع **قال** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له
 ان يستعمل غيره لان المعتود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كما لمنفعة

الذي بمحل العين كالشاستج والغراء والحنوط ونحوها اما مجرد ما يرى ويعاين في محل
 العمل ككسر الفستق والخطب وطحن الحنطة وحلق رأس الغبد فاختر الاكثرون الاول
 بعضهم الثاني واما القصار فان كان بقصر بالشاستج او ببياض البيض فله حق الحبس لانه
 اتصل بالثوب مال قائم كما في الصبغ فاما اذا كان بيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق
 الحبس من البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف اليه عمله بل البياض كان حاصله
 ولكن استتر بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له
 حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالاوساخ فيقع العمل احدا ان الصفة
 البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة *

قوله وغسل الثوب نظير الحمل هذا اذا لم يستعمل في الغسل شيئا **قوله** وقد احياه والاحياء
 الذي يتصور من العباد تخلص من اشرف على الهلاك اذا الاحياء الحقيقي من خواص
 الالهية **قوله** في الوجهين اي سواء كان لعمله اثر ولم يكن لان المبيع وقع في يد المشتري
 برضا البائع قبل نقدا الثمن فيبطل حقه في الحبس كما اذا عمل في بيت صاحب الثوب وهذا لان
 المبيع هنا اما اثر عمله في العين كما في الخياطة او مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ وقد وقع
 في يد المشتري برضا البائع وهو كمن استقرض من آخر كرحنطة وامر بالقائها في ارضه بذرا ففعل
 صار قابضا **قوله** ولما ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل يعني ان المبيع وقع في يد المشتري (بغير)

(كتاب الاجارات ... باب الاجر مني يستحق ... فصل)

في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمل له لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاءه بنفسه وبالاستعانة بغيره بدلالة ايفاء الدين *

فصل

ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجي بعياله فذهب فوجد بيعت بهم قدمات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين

بغير رضا البائع قبل نقد الثمن فلا يبطل حق البائع في الحبس كما في بيع العين وهذا لان المبيع في مسئلتنا انرا العمل او مال اتصل بالعين وقد وقع في يد المشتري وهو صاحب الثوب بغير رضاء لبائع لان العمل الذي استوجرا لاجله لا يمكنه تحقيقه الا بتحصيل الاثر متصلا بملكه فيكون مضطرا في ذلك والا اضطرار يمنع ثبوت الرضاء *

قوله في محل بعينه اراد بالمحل ههنا الصانع يعني شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غيره فلا يجوز له ان يستعمل غيره كالمصلحة في محل بعينه يعني اذا استاجر غلاما بعينه لا يكون للموخر ان يدفع غلاما آخر مكانه كذا هذا او صورة ما اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه ان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك او بيدك **قوله** وان اطلق له العمل بان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم فهذا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطة لظافله ان يستاجر من يعمل له لان المستحق عليه عمل في ذمته ويمكن ايفاءه بنفسه وبالاستعانة بغيره كايفاء الدين والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر ررح هذا اذا قلت مؤنة الباقين بموت من مات وما اذا لم ينقص المؤنة بان مات الكبار مثله كل الاجر **قوله** ومراده اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مثابلا بجملة ثمنهم ويقل مؤنتهم بنقصان عددهم فاذا اوفى بعض المعقود عليه دون البعض استحق بقدر ما اوفى وبطل بقدر ما لم يوف * (قوله)

وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فردة
 فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر
 في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه
 من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه ثقل الكتاب لانه هو المقصود
 او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معاق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام
 وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر
 بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجر ليدهب بطعام الى فلان بالبصرة
 فذهب فوجد فلانا ميتا فردة فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
 بخلاف مسئلة الكتاب عاى قول محمد ر ح لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر *

استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فردة
 فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ر ح له اجر الذهاب كما لو لم
 يرد الكتاب وكما لو كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه او وجدته لانه لم يبلغه
 الرسالة ورجع له الاجر بالاجماع وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله قول ابي يوسف
 مع محمد رحمهما الله قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به الى ان هذا الحكم فيما اذا استاجر ليدهب
 للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنته وقيد بالمجيء بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المجيء
 بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما اذا كان ميتا او غائبا فانه يستحق الاجر كما ملا قوله او وسيلة
 اليه اي الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به اي بنقل الكتاب **قوله**
 وقد نقضه اي نقل الكتاب اما حقيقة فظاهروا ما اعتبارا فلان ترك الكتاب ثمه مفيد لانه
 ربما يصل الى ورثته فيستفدون به او الكاتب ينتفع به فاذا رد فات ما هو المقصود بالاجارة
 فيكون ناقضا للعمل اعتبارا والله اعلم *

(باب)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والخوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد ولان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حداد ولا قصار ولا طحان لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فينتقيد العقد به ورائها دلالة *

قال ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها والمستاجر الشرب والطريق وان لم بشرط لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض المسبحة دون الاجارة فلا بد خلان فيه من غير ذكر التحريق وقدمر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة لبني فيها اوليغرس فيها نخلا او شجر لانها منفعة تقصد بالاراضى *

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قوله ويجوز استيجار الدور والخوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها بان قال استاجرت هذا الدار والخوانيت سنة فقط ولم يقل للسكنى القياس ان لا يجوز لان المقصود من الدار والخوانيت الانتفاع والانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك وجه الاستحسان ان المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فيصرف اليه لان المعلوم صرفا كالمشروط نصا فعلى هذا قوله للسكنى يتعلق بالخوانيت لا بالاستيجار ومعناه والخوانيت المعدة للسكنى

قوله ولان يعمل كل شيء مما لا يضر بالبناء للاطلاق وذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك **قوله** وما يزرع فيها متفاوت لان الارض قد يستأجر لزراعة البر ولزراعة الشعير ولزراعة الذرة والارز وغيرها وبعضها يضر بالارض لان البعض قريب الادراك (و)

ثم اذا انتضت مدة الاجارة لزوم ان يقطع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لها ففي
 ابقائها اضرا ر بصاحب الارض بخلاف ما اذا انتضت المدة والزمان بقل حيث
 يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين *

قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويملكه فله ذلك وهذا
 برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعها فحينئذ يملكها بغير رضاه *

قال اي يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق لفلان لا يستوفيه *

قال وفي الجامع الصغير اذا انتضت مدة الاجارة وفي الارض رطوبة فانها تقطع لان الرطاب
 لا نهاية لها فاشبه الشجر **قال** ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة
 معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه
 احد ليس له ان يركب غيره لانه تعين مراد من الاصل وليس يتفاوتون في الركوب
 فصرر على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للباس واطلق فيما ذكرنا الاطلاق للنظر
 وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره
 او البسة غيره فعطبت كان صامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصم التعيين وليس له
 ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل ما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف
 المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت

والبعض بعيدة اولان البعض يضر بالارض كالذرة والبعض لا يضره كالطين فمالم يبين
 شيئا من ذلك لا يصير المعتقد عليه معلوما واعلام المعتقد عليه شرط جواز الاجارة *

قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء قال ابو نصر رحمه الله هذا الذي ذكره
 انما اراد به اذا وقع العقد على ان يركب من شاء لانه لو اطلق للركوب من غير ان يقول على
 ان يركب من شاء يفسد العقد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان قال على ان يركب من
 شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه رضي به وكذا اذا استاجر ثوبا للباس يعني قال (له)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا **قال** وان سمي نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسهم لانه دخل تحت الاذن لعدم التناوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كما ملح لانعدام الرضاء به وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مش وزنه حديد الا انه ربما يكون اضر بالدابة وان الحد يد يجتمع في موضع من ظهره والتطن ينسط على ظهره *
له اللبس من شئت ويحتمل انه اراد بقوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء انه يسمى الركوب ولم يعين الراكب ولم يقل من شاء لانه وان وقعت الاجارة فاسدة الا انه اذا لم ينتقض الاجارة حتى اركب رجلا او ركب مؤنثا تنفع المساد وتعين المراد من الاصل و صار كأنه نص على ركوبه ابتداء وكذا اذا استاجر ثوبا للباس ولم يعين اللباس ولم يقل على ان يلبسه من شاء ثم ليس هو ان يلبسه غيره *

قوله والذي يضر بالبناء خارج كالتصارة والحدادة لا يتوارد مطلق السكنى **قوله** على ما ذكرناه اشارة الى قوله الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا اصحانا **قوله** وان سمي نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل ان تقول خمسة اقفة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر كما اذا استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عشرة مخاتيم من حنطة اخرى او ليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره **قوله** او اقل كالشعير والسهم بان استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفة حنطة فحمل عليها عشرة اقفة شعير او سهم لان مثل كيل حنطة من الشعير يكون اخف على الدابة حتى قيل لو سمي مقدار من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يصح لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذ الحنطة فهو كما استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها قطنا او تبنا واما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها اكثر مما يأخذ الحنطة وفي الذخيرة وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله * (قوله)

قال وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعتقها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل اعلمه بالفروسيه ولان الآدمي غير مؤزون فلا يمكن معرفته الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات وان استأجرها ليحمل عليها مقدار من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مازون فيه وما هو غير مازون فيه والسبب الثقل

قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا آخر ضمن نصف قيمتها نريد بقوله اردف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة يطيق حملهما لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة اما اذا كانت لا تطيق فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة وقيد بقوله ايضا لانه لو اردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو مازون في الدابة وقوله ضمن نصف قيمتها وعليه الاجر كما لا يستغناء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره او لا يردف ثم المالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن الردف فان ضمن المستأجر لا يرجع على الردف مستأجره كان او مستعيرا وان ضمن الردف يرجع هو على المستأجر ان كان ذلك الردف مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغني فان قيل الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف فكان ينبغي ان لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينفي الاجر عنه عند وجوب الضمان لانه ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا اجر عليه في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا اجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه **قوله** ولا معتبر بالثقل التكل بوزن الكبير خلاف الخفة والثقل الحمل **قوله** كعدد الجناة في الجنائيات حتى اذا جرح رجل جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فمات فالدية بينهما انصافا لانه ربما يكون جراحة واحدة اكثر تاثيرا من عشر جراحات فكذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكرنا غير عدد (١)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطبقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قبضتها لعدم
الاذن فيها اصلا بخروجها عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها تعطبت ضمن عند
ابن حنيفة رحمه الله ولا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت
مطلق العقد فكان جاصلا باذنه فلا يضمنه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط
السلامة ان يتحقق السرق بدونه وهذا للمباغة فيقيد بوصف السلامة كالمرو في الطريق
وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن
الراكب وان استأجرها ليحمل عليها مقدار من الحنطة يحمل عليها اكثر منه تعطبت ضمن
ما زاد النقل وهذا بخلاف ما اذا استأجر ثورا يطحن به عشرة مخاتيم بحنطة فطحن احد عشر
مختوما فهل يهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم
انتهى اذن المالك تبعه ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها
بغير اذن المالك فيضمن جميع قيمتها فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض
مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الصدمان على ذلك *

قوله فانقسم عليهما مثل ان يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فحمل مائة وعشرة يقسم
على احد عشر جزا فيضمن جزا **قوله** وان كبح الدابة بلجامها اي ردها وهو ان يجذبها الى نفسه
لتقف ولا تجري **قوله** لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف عرفا كالمشروط
شرطا لوربها لا يفتقر الدابة الى ان يكون الاذن ثابتا منه بالعرف **قوله** كالمرو في الطريق وجه الاحتاق به
من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل لا لغيره وذلك لان اذن ابيهم له المضرب ههنا انما يبيع
لمنفعة نفسه لا لحق المالك فان حق المالك في الاجر يتقرر بدونه ومثله بتقيد بشرط السلامة
كالمرومي الى الصيد بخلاف ما اذا اذن المالك فيه نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وهذا
اذا ضرب به ضربا يضرب مثله اما اذا لم يكن بهذه المثابة فيضمن بالاجماع لانه غير داخل تحت
العقد لانصا ولا عرفا الحيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل
من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب * (قوله)

وكذلك العارية قيل تأويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهباً الاجائب ينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً الى يد نائب المالك معني اماناً استاجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجري على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصود ابقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فاذا انتقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً ولا يبرأ بالعود وهذا اصح *

قال ومن اكثرى حماراً بسرج فترع ذلك السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناول له اذن المالك

قوله وكذلك العارية يعني اذا استأجره انبذ الى موضع معلوم وجاوز عنها ثم عاد اليها ثم هلك **قوله** وقيل الجواب مجري على الاطلاق وهو انه يضمن في كل حال **قوله** وفي الاجارة والاعارة الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال يريد به ان المالك ما امر المستأجر والمستعير بالحفظ قصد انصاوانما امرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصباً للدابة ودخلت في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد فان قيل لا كذلك فان غاصب الغاصب اذا ارد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد الى احد هذين قلنا ترد في الماخذا وعلى من يوخذ منه فسبب الضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد الظهيرية وقد طعن عيسى رحمه الله فقال بد المستأجر كيد المالك بدليل انه يرجع بما لحقه على المالك بخلاف المستعير وبدليل ان مؤنة الرد على المالك في الاجارة دون العارية ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور والمتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من المنفعة في النقل فاما يد المستأجر يد نفسه كذا في المبسوط *

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

اذلا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسر ج بمثله الحمر ضمن لانه لم يتناواه الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه با كاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه با كاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة ر ح وقال يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يبي حنيفة ر ح ان الا كاف ليس من جنس السرج

قوله اذلا فائدة في التقييد بغيره وهو الذي اكرى به ونزعه لان المذي اسرجه به مثل الذي اكرى به وهو نظير ما لو استأجر الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره **قوله** وان كان لا يسر ج بمثله الحمر بان اسر ج المحمار بسرج البرذون ضمن اي جميع القيمة **قوله** وهذا اولى لانه لما ضمن بالسرج الآخر مع انه من جنسه فالضمان بالاكاف مع انه من خلاف جنسه اولى وان اوكفه با كاف يوكف بمثله الحمر ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد ر ح ومن مشائخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة ر ح لانه لم يذكر في الجاهع الصغير انه ضامن جميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين اي قدر يضمن فكان المطلق محمولا على المفسر ومنهم من قال عن ابي حنيفة ر ح روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام خواهر زادة وهو الاصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ر ح يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة ر ح منهم من قدر ذلك بالمساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف القيمة وقيل معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى لو كان ثقل الا كاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته فان قيل التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والا كاف لان السرج جنس واحد اما الا كاف فمخالف (للسرج)

لانه للحمل والسرّج للركوب وكذا ينسب احدى علمي ظهر الدابة ما لا ينسب عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا لمحمّل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمّله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا لبزرها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضربا لارض من الحنطة لانتشار وقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شريف ضمن ما نقصها ولا اجر له لانه

للسرج يجب ان لا يضمن جميع قيمة الدابة عندهما كما لو اوقف المسرج قلنا التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والا كاف في الصورة والانتفاع المطلوب منهما اما في حق الاضرار بالدابة فالتفاوت بين سرج الحمرو وبين اكاف يوكف به الحمرا قل من التفاوت بين سرج الحمرو وسرج البراذين والضمان حكم يتعلق بالضرر * **قوله** لانه للحمل والسرّج للركوب اشارة الى المخالفة المعنوية وقوله وكذا ينسب الى اخرى اشارة الى المخالفة الصورية فتحققت المخالفة صورة ومعنى فيضمن كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة فيكون اشق كذا هنا ايضا **قوله** اما اذا كان يضمن اي اما اذا كان تفاوت بين الطريقين يضمن والتفاوت هو ان يكون الطريق الذي اخذ فيه بالسلوك او عرا وابتعد او اخوف ثم هلك المتاع يضمن **قوله** فلم يفصل اي فلم يفصل محمد راج في الجواب بناء على ان الظاهر عدم التفاوت في الطريقين اذا كانا مسلوكين * (قوله)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا بمخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهم اقل معناه القرطق الذي هو ذوطاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجري على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة ر ح انه يضمه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لتصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في باب ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يضمن للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا *

قوله لانه غاصب للارض على ما قررناه اشارة الى قوله لان الرطاب اضرب بالارض من الحنطة الى آخره فلا يكون مستوفيا ما بناوله العقد فان قيل لا كذلك فان المعقود عليه منفعة الارض بالزراعة وقد استوفى ذلك بزراعة الرطبة ولكنه زاد على القدر المستحق عليه فينبغي ان يجب الاجر عليه قلنا ضرر الحنطة على الارض اقل من ضرر الرطبة فالحنطة يزرع في كل سنة والرطبة لا يزرع في كل سنة ولكنها تنمو في كل سنة الى ان يبلى اصلها فكان الجنس مختلفا ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيا للمعقود عليه ثم لا بد من الجواب نقصان الارض عليه والاجرم مع الضمان لا يجتمعان وان زرع في الارض ما هو اقل ضررا من الحنطة يلزمه الاجر المسمى لانه خلاف الى خير فلم يصربه غاصبا **قوله** قيل معناه القرطق الذي ذوطاق واحد القرطق قباء ذوطاق وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص **قوله** وقيل هو مجري على اطلاقه لانه اطلق في الكتاب فدل ذلك على ان الحكم في الكل واحد لانهما يتقاربان في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد واستراة العورة ولكل واحد منهما كمان وذيل ودخريص **قوله** للاتحاد في اصل المنفعة وهو اللبس والستر والله اعلم بالصواب * (باب)

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلة الا ترى انه قد يقال ويفسخ والواحب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغاما بالغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفعا على متدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة وانقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صححت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم والعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمى جملة الشهور معلومة

باب الاجارة الفاسدة

اجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع مثل ان يستاجر رحي ماء على انه ان انتطع الماء فلا اجر عليه لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة يثبت على المضائق والمما كسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة الا ترى ان الكاح لما بني على المسا محنة والمساهلة لا يفسد بالشرط **قوله** لا يجاوز به المسمى اي الواجب الاقل من اجر المثل ومن المسمى وهذا اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية اما اذا كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغاما بالغ كما اذا استاجر دارا على دابة او ثوب او آجر منه دار يسكنها بعترته على ان يعمرها ويؤدي نوابها فان ثم يجب اجر المثل بالغاما بالغ **قوله** فلنا ان المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يحرز وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بتلك الضرورة (في)

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمي جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة * .

قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموخر ان يخرج به الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو التماس وقد مال اليه بعض المشائخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دار ستة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مدامي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء

في الصحيح منها الا ان الفاسدة تبع للصحيح فلا يفرده حكم ولا يثال لما كان تقوم المنافع بالعقد فاذا فسد العقد ينبغي ان لا يجب شيء لان الاجارة الفاسدة ملحقه بالاجارة الصحيحة لكونها تبعها والبيع ثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسدة مشروع باصله دون وصفه وفي تميزه من الصحيح حرج فالحقانه به فاذا التحق الفاسد بالصحيح يعتبر في الاجارة الفاسدة ما يجعل بدلا في الصحيح عادة وهو اجر المثل وهذا بيان ان المعتبر في الفاسد اجر المثل وقوله ولكنهما اذا اتفقا بيان انه لا يزاد على المسمى لانهما اذا اتفقا على شيء فقد اسقطا الزيادة فلا سقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاء بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها *

قوله لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لانه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها فتعين الادنى *

(قوله)

فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهورة السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة ر ح وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد ر وهو رواية عن ابي يوسف ر ح الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام بصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيرة العدة وقدم في الطلاق * **قال** ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجامة فاما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجامة فلما روى انه عم احتجم واعطى الحجامة الاجرة ولانه استجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا * **قال** ولا يجوز اخذ اجرة عصب النيس وهو ان يوجز فجلا لينزاع على انثا لقوله عليه السلام

ثم قال يمين بان حاف لا يكلم فلا تاشهر فهو من يوم حلف بخلاف الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهر لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان الليل لا يصلح لذلك **قوله** لانها هي الاصل اي لان الاهلة اصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي موافقت للناس والايام بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم اليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما وانما يضار الى البدل اذا تعذر اعتبار الاصل **قوله** ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجامة وقد كره بعض العلماء ذلك اخذ ابطا هر قوله عليه السلام الحمام بيت الشيطان ومنهم من كره اخذ حمام النساء لانهم نهين عن الخروج وامرن بالقرار في البيوت واجتماعهن فلما يخلعن فتنة والصحيح انه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه خصوصا في ديارنا الحاجة في حقهن اظهر لمزيد احتياجهن الى الاغتسال ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحباض كما يتمكن الرجال **قوله** واعطى الحجامة الاجر ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما لا يحل اكل الحرام لا يحل دفعه لغيره لياكل وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجامة منسوخ بما رويناه * (قوله)

ن من سحب عصب النيس والمراد اخذ الاجرة عليه **قال** ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي ر ح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤوا القرآن ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولا ان القربة متى حصلت وفعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح *

قوله ان من اسحت عصب النيس اي كراء عصب النيس فانه اخذ المال بمقابلة ماء مهين لا قيمة له والاعتد عليه باطل لانه يلزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو يبتني على نشاط الفحل ايضا **قوله** والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم اي يختص بملة الاسلام اما اذا لم يختص بها فيجوز كما اذا استأجر ذميا على تعليم التوراة يجوز لان تعليمها لا يختص بملة الاسلام كذا في الفوائد الكرمانية وقوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح والقياس يأبى جواز الاستيجار على تعليم التوراة ايضا الا ان يكون المراد منه انه اذا استأجر على تعليم التوراة وعلمها المستأجر يجب الاجر بخلاف تعليم القرآن فانه لا يجب الاجر وان علمه **قوله** في كل ما لا يتعين على الاجير هذا احتراز عما لو كان متعينا للامامة والافتاء والتعليم لانه حينئذ لا يجوز استيجاره بالا جماع **قوله** ولهذا يعتبر اهليته اي اهلية العامل ويعتبر نيته لانية الامر ولو انتقل فعل المأمور الى الامر بشرط نية الامر واهليته كما في الزكاة فان ثمة بشرط نية الامر واهليته حتى لو كان المأمور كافرا يصح اداء الزكاة لان المؤدي هو الامر وههنا بخلافه فعلم به ان المؤدي هو المأمور *

(قوله)

وبعض مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية
ففي الامتناع بضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا
سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد **قال** ولا يجوز اجارة المشاع
عند ابي حنيفة رح الامن الشريك، وقالوا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا
من دارة او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب
اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهابي فصار كما اذا اجر من شريكه او من
رجلين وصار كالبيع ولا يبي حنيفة رح انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز *

قوله وبعض مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن وهم ائمة بلخ فانهم اختاروا
قول اهل المدينة وقالوا ان المتقدمين من اصحابنا ينو هذا الجواب على ما شاهدوا في
مصهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسنة ومروءة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان
لما في زماننا فقد انعدم المغنيان جميعا فنقول بجواز الاستيجار كيلا ينقطع هذا
الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء كن يخرجن الى
الجماعات في زمن رسول الله صلعم وابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن من ذلك عمر
رضي الله عنه وكان ما رآه صوابا وكذا يفتي بجواز الاجارة على تعليم الفقه وقال الامام خير اخري
في زماننا يجوز للامام والمودن والمعلم اخذ الاجرة كذا في الروضة **قوله** والمعصية
لا يستحق بالعقد لان عقد الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق
على المرء شيء يكون به عاصيا شرعا كيلا يصير المعصية مضافة الى الشرع **قوله** ولا يجوز
اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح اي فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل صورته ان يواجر
نصيبا من دارة او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك او يواجر نصف عبدة او دارة او دابته
قوله وقالوا اجارة المشاع جائزة وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما **قوله**
ولهذا يجب اجر المثل اي عند ابي حنيفة رح في المشاع فهذا دليل على ان للمشاع
منفعة اذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شيء كما اذا استاجر حشا او ارضا نسخة * (قوله) ..

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور وان تخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكين فيه واما النهائي فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والا خلافا في النسبة لا يضره *

قوله وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور لان التسليم انما يتم بالقبض والقبض امر حسي وهو لا يرد الا على المعين والمشاع غير معين **قوله** والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا جوابا عن قواهما والتسليم ممكن بالتخلية وهو ان التخلية اعتبرت تسليما اذا كان تمكينا من الانتفاع وانما يكون تمكينا اذا حصل بها التمكن والتمكين لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكين ثمة من البيع والاعتاق وغير ذلك **قوله** واما النهائي فانما يستحق حكما للعقد لان النهائي انما يستحق حكما لملك المنفعة وملك المنفعة حكم عقدا لاجارة وكونه مقدورا للتسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وحكم الشيء يعقبه او يقارنه فلا يصلح شرط جواز العقد لئلا ينقلب الحكم شرطا وهذا لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرط فلا يصح ابداء **قوله** واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع لان المقصود من الاستيجار الانتفاع والمنفعة هي المعقود عليها واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى ههنا لانه يسكن جميع الدار فكان مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة والاختلاف في النسبة لا يضره وهو نظير بيع الآبق ممن في يده يجوز ان يكون التسليم مقدورا عليه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس الدائم اذا لا تصور له وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة بل انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء *

(قوله)

على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما. طارئ **قال** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولا ين التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وافرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خذ منها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبيغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخذ مئة تاة واهذا الوار ضعته بلبن شاة لا يستحق الاجر *

قوله على انه لا يصح في رواية الحسن عنه فجعله كالرهن على هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي بناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر من وجب المقر اغراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما بناوله العقد لا يتناول العقد **قوله** وبخلاف الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات احد المستأجرين او آجر رجلان من رجل ثم مات احد الموارجرين فانه تبقى الاجارة في نصيب الآخر شائعا وهذا هو ظاهر الرواية فان مات احد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فعن ابي حنيفة ر ح انه يفسد العقد في حق الآخر لان الاجارة تنجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع يقتصر بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فنسقط لانه في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وبخلاف ما اذا آجر من رجلين فان تسليم المعقود عليه كما اوجبه العقد مقدور عليه للموارجرين ثم المهايأة بعد ذلك يكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب اجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع عبدا آبقا بالف درهم فان العقد ينقصد على الفساد حتى اذا قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد **قوله** ويجوز استيجار (١)

والاول اقرب الى الفقه لان عقدا الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنين العذر من الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح وقال لا يجوز لان الاحرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعا فهو جائز بالاجماع ومعني تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذه لاجهالة فيه ولو سمي الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثنان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان التقدير والجنس لانه انما يصير ديننا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم *

الثمنا جرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والمراد بعد الطلاق وقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهداية كما ترى *

قوله والاول اقرب الى الفقه وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار الامام المحقق شمس الائمة السرخسي **قوله** فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ اي بطعامها وكسوتها **قوله** ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثنان يعني ان المكيل والموزون اذا كان موصوفا غير مشار يشترط ديننا في الذمة والدين تارة يصير مؤجلا وتارة معجلا كالدرهم والدنانير بخلاف الثوب فانه لا يثبت ديننا في الذمة الا في السلم ويشترط بيان الاجل في السلم فكذا اذا استأجرها بثياب موصوفة *

(قوله)

قال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لان الوطئ حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانه لحقه الا ان المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبست كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصالح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل *

قال الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عبدا فله تقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى تقفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو ان يستأجر ثورا يطحن له حنطة بقبز من رقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجبر

قوله لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه العين بدليل ان الصبي لو اوجر بلبن الظئر في المدة لا يستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل لا العين كذا في الاوضح واذا دفعت الظئر الصبي الى خادمتها حتى ارضعته فلها الاجر كاملا استحسانا لانها لم يشترط عليها بشئ فهو نظير من استأجر قصارا ليقتصر له ثوبا او خياط ليخط له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل غيره فانه يستحق الاجر كذا هنا بخلاف ما اذا شرط عليها الارضاع بنفسها *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

فلا يعد هو قادرا بقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء بحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترك في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغام بالغ عند محمد ر ح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة ر ح وقال ابو يوسف ومحمد ر ح في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت بوجوب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل بوجوب كونه معقودا عليه فلا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المازعة وعن ابي حنيفة ر ح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للطرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم **قوله** فلا يعد هو قادرا بقدره غيره ومعنى آخر وهو ان الاجرا ما ان يلزمه في الذمة او في عين موجود وهو ما التزمه في الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد ولان محل العمل لو كان مشتركا ابتداء وانتهاء لا ينعقد الاجارة ولا يجب الاجر اجماعا كما اذا استأجره ليطحن حنطة مشتركة اريحما طعاما مشتركا بينهما وهنا محل العمل يكون مشتركا في الانتهاء دون الابتداء فيجب ان ينعقد بوصف الفساد عملا بالشبهين **قوله** ولا يجاوز بالاجر قفيزا اي فيما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه وفيما هو في معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالاجر المسمى المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه **قوله** وله ان المعقود عليه مجهول وجهالة المعقود عليه يفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذ الوقت يختص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لان العمل متني صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتني صار (المعقود)

وقد مر مثله في الطلاق **قال** ومن استأجر ارصاعا على ان يكر بها ويزرعها ويسقيها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا ينأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا بوجوب الفساد *

المعقود عليه المنفعة يجب الاجر بتسليم النفس واغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين احد هما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ بمقصود المستأجر العمل لان نفعه فيه ومقصود الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهها المعتبر عليه يمنع جواز العقد لان قضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر ان يقول ما فعلك في بقية المدة حقي باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهت العقد بانتهاء المدة وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في اجير ان يفسد العقد بالتجمع بين الوقت والعمل اذ ذكرهما قبل ذكر الاجرة . اما اذا ذكر الاجر معه حتى تم العقد ثم ذكر الباقي منهما لا يفسد العقد حتى لو قال استاجرتك اليوم بدينارهم على ان تخبز لي هذا القفيز من الدقيق جاز العقد اما لو قال استاجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدينارهم او قال استاجرتك اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدينارهم فالعقد هنا يفسد وانما كان كذلك لان في الوجه الاول لما تم العقد بذكر احد الشئين اما المدة واما العمل مضموما الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين العمل او للتعجيل فلم يفسد العقد واما في الوجه الثاني فلانه لم يجمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الاجرة صلح كل واحد منهما مقابلا للاجر وليس احدهما باولي من الاخر وعن ابى حنيفة ر ح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للطرف والطرف لا يقتضي استيعاب المظروف فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة فلا يصلح المنفعة معقودا عليها حينئذ فيصير العمل هو المعقود عليه *

قوله وقد مر مثله في الطلاق اي في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في مسئلة انت طالق

(قوله)

في غد وقال نوبت آخر النهار *

فان شرط ان يشيها او يكرى انهارها او يسرقها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مواجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صنفان في صفقة واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يرد لها مكروبة ولا شبهة في فسادها وقيل ان يكرى بها مرتين وهذا في موضع يخرج الارض الربع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا يبقى منفعتها وليس المزاد بكرى الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعتها في العام القابل وان استأجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جائز وعلني هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجردين ولا يصير دينابدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيت والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة

قوله وهذا في موضع يخرج الارض الربع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قيد بهذين القيدين لانه لو كانت الارض في بلدة نحتاج الى تكرار الكراب لتخرج الربع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد حينئذ وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد **قوله** بل اراد منها الانهار العظام هو الصحيح احتراز عن قول من قال بان المراد منها الجداول **قوله** لانه يبقى منفعته في العام القابل هذا دليل الفساد في شرط كرى الانهار العظام **قوله** فلا خير فيه اي لا يجوز اصلا **قوله** الى هذا اشار محمد رح روى ان ابن سماعة كتب الى محمد ام لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فقال محمد انك اطلت الفكرة ولم تنك الحيرة وجالست الجنائي وكانت منك زلة ما علمت ان مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجنائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل وكان يقول لا برهان لكم عليها فقال محمد لابن سماعة (كانت)

ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة **قال** واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه وحملا صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبد امشركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجر له لعل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور له لم يعقد عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المتافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع * كانت مجالستك اباه زلة يقال ثوب قوهي منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس والمعنى فيه ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس ... سمي بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس من النساء في الجنس المختلف ليس بحرام كما لو اسلم قوهيا في مروي فان قيل انما حرم بيع الشيء بجنسه نسيئة عندكم باعتبار ان النقد خير من النسيئة وهما لا فضل لاحدهما على الآخر والقبض في البدلين على نمط واحد فلنا نعم الا ان النص اذا علل تعلق الحكم في الفرع بالعلة فاما في الاصل اما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العلة في المنصوص والحرمه فيما اذا لم يكن يدايد منصوص فلا يعتبر فيه المعنى *

قوله ولا حاجة عند اتحاد الجنس يعني انا انما جوزنا الاجارة بخلاف التماس لمساس الحاجة اليها والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لا ابتغاء الفضول فان قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر وهو ان بيع الدين بالدين حرام باطل قلنا الذي لم يصحبه الباء هو المعقود عليه وقيم المحل مقام المنفعة وهو معين فيصير الاجر بمنزلة الثمن فلا يكون غير العين بغير العين بل يكون عينا بدين وذلك جائز **قوله** فيكون عاملا (فلا)

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فلا جارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي التيسر لا يخوز وهو قول زفرح لاندوتع فاسدا فلا ينقلب جائزا بوجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حاله العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس ففوق في بعض الطريق فلا ضمان عليه

فلا يتحقق التسليم لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عدله الى الغير ويدون التسليم لا يجب الاجر غاية الامر انه عامل للغير ايضا لكن جعله عاملا لنفسه اولى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة ولا ندو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير يجب ولا يجب بالشك ولا يقال النحول لما كان مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزى *

قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا فان قيل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لاند ان زرعها جائز ان يكون ما زرعها مضر بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب لنفسه في ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ما ذكر ولا ينقرد احدهما بالتعيين ثم الاستعمال تعيين احدهما فلا يصح ذلك قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المنافع لان عقود الانسان يصح بقدر الامكان والمنافع الذي فسد باعتبارها توقع المنازعة بينهما في تعيين المعتود عليه وعند استيفاء احد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد ولهذا قلنا بالجواز عند انتفاء هذا التوقع **قوله** وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة فجعل هاتين المستثنين مقيسا عليهما وزفرح لا يقول بالانقلاب الى الجواز (فيهما)

لان العين المستأجرة امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله
 الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمله عليه
 وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد *

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة
 حتى يعمل كالصباغ والقصار

فيهما لانهما اقيمت الحججة وظهر بطلان قول زفر فيهما بالفساد فبعد اسقاطه صارتا بمنزلة المجمع
 عليهما ويحتمل ان يكون هذا من قبيل رد المختلف الى المختلف لزيادة الايضاح ومثله كثير *
 قوله لان المستأجرة امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة والامانة لا تضمن
 الا بالتعدي وما يحمله عليه الماس ليس من التعدي **قوله** فان بلغ بغداد فله الاجر
 المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وهو قوله وجه الاستحسان ان الجهالة
 ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا وفي القياس يجب اجر المثل لان المنافع قد استوفيت
 باجارة فاسدة والحكم فيها ما ذكرنا *

باب ضمان الاجير

الاجير المشترك من يكون عقده وارادا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه
 في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة كالتقصار والصباغ
 والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وانما افترق الاجير المشترك مع الخاص
 في ان الاجير المشترك لا يمنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول
 من العمل في الاجير المشترك بمنزلة الدين في ذمته وذلك لا يصلح مانعا مثله من غيره
 والاجير الخاص من يكون العقد وارادا على منفعة ولا يصير منفعة معلومة الا بذكر المدة (او)

(كتاب الاجارات باب ضمان الاجير)

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره فكان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة
لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا **قال** والمتاع امانة في يده فان ملك لم يضمن
شيئا عند ابي حنيفة ربح وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالبحريق الغالب
والعدو والمكابر لهما ما روي عن عمرو وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير
المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا اهلك بسبب يمكن
الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التصير من جهته فيضمنه كالوديعه اذا كانت
باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف الله والحريق الغالب وغيره لانه
لا تقصير من جهته ولا يبي حنيفة ربح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا
لو اهلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ
مستحق عليه تبعا لا متصورا ولهذا لا يتقابل الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ
مستحق عليه متصورا حتى يتقابل الاجر **قال** وما تلف بعمله كتحريق الثوب من دقه
وزاق الحديد وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من
مدة مضمون عليه وقال زفر والشافعي ربح لا ضمان عليه لانه امره بالعمل مطلقا فينتظمه
بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الواحد ومعين القصار ولان الدخول تحت
لاذن ما هو الدخول تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر

او المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صار مستحقة بعقد المعاوضة لم يتمكن من ايجابها لغيره
وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينيا في الذمة لا يتعذر عليه قبول السلم
من غيره والبيع لما كان يلائق العين فبعد ما باعه من انسان لا يتمكن من بيعه لغيره *

قوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل يعني اذا شرط ان يعمل هو بنفسه وقوله او اثره اذا لم
يشترط ان يعمل هو بنفسه **قوله** ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به يريد به ان
المعقود عليه الحفظ ايضا وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق (ب)

(كتاب الاجارات .. باب ضمان الاجير)

وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصالح لانه يستمتع بمن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحيد على ما ذكره ان شاء الله تعالى وانتظار الحال من ثلثة اهتمامه بكان من صنيعة *

بالعقد حفظا سليما عن عيب بسبب الهلاك الذي لا يقع الا لتقصيره في الحفظ ولو بالغ لاندفع فاذا هلك بجهته يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار بالتقصير ترك ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده فيضمن كالود يعد اذا كانت باجرو صار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فاد التخرق كان ضامنا وهذا لانه لا يتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق عليه ولا يتوصل الى المستحق الا بديكون مستحقا الا ان ما لا يمكن التبرع به يكون عفوا كالموت حتف الله والتخرق الغالب او غير هذا لان الحفظ عند غير واجب من ان لا يعدم الجسايقة والتقصير منه ولان العين امانة عنده لانه قبض العين باذن المالك لمنفعة وهي اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحيد وهذا لان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما التعدي فلانه قبض باذن المالك واما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بغيره لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا ضمنه كالمغصوب واما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه ولهذا لا يتقابل بالاجر بحال وجعل العين تابعا للعمل فالب حقيقة فلا يصار عليه الا عن ضرورة كفا في الحبس اذ لا يتدبر على حبس اثر فعله الا بحبس العين بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه متصوفا اذا العقد عقد حفظ والاجر في مقابلة الحفظ وعن علي رضي الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ وغير ذلك فكانت المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض *

قوله وهو المعقود عليه حقيقة اي الاثر **قوله** فلم يكن ما ذونا فيه اي في المعيب لانه ليس

(قوله)

بوسيلة الى الاثر *

قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية وهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تحمله العاقلة **قال** واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حملة ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجرة بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعنار او بانقطاع الحمل وكل وذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابداء تعديا وانما صار تعديا عند انكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا **قال** واذا افسد العصار او بزغ البزاع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجاع الصغير بيطار بزغ دابة بدائق فنفت او حجام حجام عبد امر مولاه فمات الا ضمان عليه **قوله** الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة قيل انما هو اذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمنازع والصحيح انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف رح في الوضع كذا ذكره التمر تاشي رح ولا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدي وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي **قوله** واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات انما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان يباع هناك واعلم ان الحمل اجير مشترك بمنزلة القصار فان تلف في يده بغير فعله بان زحمة الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه كما في ضمان الاجير المشترك وان تلف بفعله بان يعثر فانكسر المنازع فهو ضامن عندنا خلافا للزفران التالف حصل بمنايعة يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذي سقط واعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا اجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشي معه فلا يشك وكذا ان كان لا يمشي معه يصير مسلما (با).

(كتاب الاجارات باب ضمان الاجير)

وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان وجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يمتنى على قوة الطبايع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ولا كذلك رقة الثوب ونحوه مما قد صانه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد *

قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل

باتصاله بملكه وام يوجد تسليم المعتمد عليه بكما له ثبت الخيار اهذ افان قيل كان ينبغي ان لا يخير عند ابي حنيفة راح على هذا الوجه واكن يضمه قيمته في المكان الذي انكسر لان المذهب عنده ان المال امانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما تلف بفعله واذا كان امانة وقت القبض وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه قلنا انه في ذلك الضمان وجهان احدهما ان هذا ليس كذلك على الاطلاق ولكن القبض يقع على وصفه عند ان هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه وان سلم ظهرا انه كان امانة وهنا ما هلك برأيه لم يكن مضمونا عليه فجاز ان يكون له الخيار على الوجه الذي قلنا والوجه الثاني هو انه وجد سبب الضمان في مكان الحمل منه لان سبب الضمان وان كان هو الحمل الذي وقع كسر او فساد الا ان افساد الحاصل من عمله استند الى حالة العقد لان الفساد بعمله انما اوجب الضمان باعتبار العقد لانه لو اعتقد الاجارة لكان الاجير معينا في الحمل ولا ضمان على المعين فيما اعان ولما كان كذلك كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم بحال به على السبب فلهذا كان له ان يضمه قيمته في المكان الذي حمله منه *

قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فنصار ما نطق به رواية المختصر بيان لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيان لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان **قوله** والاجير الخاص الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اي سلم نفسه (و)

كمن استوجر شهرا بالخدمه او ليرعى الغنم وانما سمي اجيرا وحدا لانه لا يمكنه ان يعدل
 اجيره لان منافعه في المدة صارت مستحقه له والاجر مقابلا للمنافع واجدا يفتي الاجير مستحقا
 وان نقض العمل **قال** ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من
 عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان
 تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عند هذا الصيانة اموال الناس والاجير الواحد
 لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المانع متى
 صارت مملوكة للمدسنا جرت اذا امره بالتصرف في ملكه صح و يصير نائبا منابه فصار فعله
 مقبولا اليه كانه فعل بنفسه فهذا لا يضمنه والله اعلم بالصواب *

ولم يعدل مع التمكن اما اذا امتنع من العمل ومضت المدة او لم يتمكن من العمل ومضت
 المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس *

قوله كمن استوجر شهرا بالخدمه او ليرعى الغنم واعلم انه اذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم
 شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترع غنم غيري فحينئذ يصير اجيرا وحدا وان
 ذكر المدة والابان استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحدا الا ان يقول وترعى
 غنم غيري **قوله** ولهذا يفتي الاجير مستحقا وان نقض العمل اي ولانه يستحق الاجر بتسليم
 نفسه في المدة وان لم يعمل ويستحق الاجر وان نقض العمل بخلاف الاجير المشترك فانه
 لا يستحق الاجر اذا نقض عمله قبل ان يقبض رب الثوب لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب
 فانه روي عن محمد رح في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض
 رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على
 ان يعيد العمل لانه لو اجبر انما يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى
 بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق
 الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتته اجنبي لان بفتح الاجنبي
 لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص (فيما)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العاملين عمل استحق الاجرة وكذا اذا قال للمصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيرة بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيرة بين مسافتين مختلفين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيرة بين ثلاثة اشياء وان خيرة بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة

فيما تلف في يده او سرق منه او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله او تحرق الثوب من دقه هذا اذ لم يتعدد الفساد لانه بائع منفعة والمنفعة سليمة وانما الخرق في العمل فان تسليم للمنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه الا اذا تعدد الفساد بين شيئين كالمودع اذا تعدى وعلى هذا اجبر التصار وسائر الصناعات اذا استوجروا لم يضمنوا لمن استأجرهم الا بما تعدوا فيه ويضمن الاستاذ لان التلميذ اجبر ووجد ولا يرجع الاستاذ على التلميذ بما ضمن لانه اجبر خاص كذا في الايضاح *

باب الاجارة على احد الشرطين

قوله وكذا اذا خيرة بين ثلاثة اشياء بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى بغداد او الى واسط بكذا وكذا هذا في انواع الخياطة والصبغ والزراعة بان قال للمزارع ان زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج وان زرعتها بكراب فلك ثلثه وان زرعتها بكرابين فلك نصفه واي ذلك عمل فله شرطه كذا ذكره الامام التمر تاشي رح والمعتبر في جميع ذلك البيع فانه اذا اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ويكون الخيار للمشتري جاز وكذا اذا خيرة بين ثلاثة اثواب ولا يجوز في الاربعة فكذا في الاجارة والجامع بينهما دفع الحاجة وهي تندفع بالثلاثة لا شتما لها على الجيد والوسط والردي ولا حاجة الى الاربعة لان دفاعها بما دونها * (قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً في البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطئه اليوم فبدرهم وان خطئه غداً بنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لا يجاوز به نصف درهم في الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر به قبلته بدلان على ان يدل فيكون مجهولاً وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتأخير وذكر الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان لان التعجيل والتأخير متضادان ان قيل منزلة اختلاف النوعين ولا يبي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليل حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأخير لان فيه فساد العقد لا اجتماع الوقت والعمل

قوله غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع يعني انما يفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط الخيار فانه اذا باع احد العبدین لم يصح الا بشرط الخيار اي خيار التعيين وجوزوا عقد الاجارة في احد المنفعين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا يجب بالعقد وانما يجب بالعمل فاذا اخذ باحد العاملين صار معلوماً **قوله** وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيانه لو افرد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستعجال لا لتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجرة وكذا لو افرد العقد على الغد بان قال خط غداً بنصف درهم كان ذكر الغد للترفيه حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم فاعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فيجتمع في كل يوم تسميتان على سبيل البدل فيجب احدهما وهي مجهولة فيفسد ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليل لان الغد كما يذكر للترفيه يذكر للاضافة والتعليل بل للاضافة حقيقة والترفيه مجاز والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز كيف وقد قام الدليل على (ارادة)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

واذا كان كذا لك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني . ويجب اجر المثل . لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

ارادة الحقيقة هنا فانه لو اريد بذكر الغد الترفيه يفسد العقد في اليوم لاجتماع تسميتين فيه كما قاله زفر رح وكذا لو لم يحمل ذكر اليوم على التوقيت يفسد العقد في الغد لاجتماع تسميتين فكان حمل اليوم على التوقيت والغد على التعليق امالا للحقيقة وتحري الجواز العقدين ولا يلزم على هذا حمل اليوم على الاستعجال في قوله اخبر هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم لان حملة على الاستعجال ثمة تحريا للجواز ايضا فانه لو حملناه على التوقيت يفسد العقد لانه حينئذ يصير المعقود عليه احد الامرين اما تسليم النفس باعتبار الرقت او العمل بذكر العمل ولان التعجيل والتاخير مقصودان مختلفان فنزل منزلة اختلاف نوعي العمل ولا يبي حنيقة رح الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة وهو التوقيت لقيام الدليل على ر . مله على التوقيت فساد العقد لاجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم على التعجيل لا يقال ان ابا حنيقة رح ينبغي له ان يجعل ذكر اليوم للتوقيت هنا وان كان فيه فساد العقد كما في قوله اخبر هذه العشرة المخاتيم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم للتوقيت حتى قال بفساده لاننا نقول ذكر اليوم هنا للتعجيل بقربة وهي ان مقصودة العمل بدليل التزام الاجر بمقابلة العمل في الغد ولم يوجد تلك القرينة في تلك المسئلة ولان زيادة الاجر بسبب استعجيل والنقصان بسبب التاخير بيان عنه ان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت اذ لو كان للتوقيت لما زاد الاجر للتعجيل ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر فيه فصار ذكر الغد للاضافة واليوم للتعجيل والمضاف الى الغد لا يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان والمضاف الى اليوم بقي الى الغد فيجتمع فيه تسميتان وما قاله انه حمل اليوم على التوقيت هنا ليصح الاجارة في الغد فاجاب ابو حنيقة رح انه متى حمل على التوقيت يفسد في اليوم لانه حينئذ يصير المعقود عليه مجهولا وجواز العقد انما يثبت بدلالة الحال اذ لم يكن (المفسد)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطئه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز و ابي الامر بن فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالوا الاجارة فاسدة وكذا اذا استأجر بيتا على انه ان اسكن فيه عطارا فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالوا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحبرة بدرهم وان جاوز بها الى التاسعة فبدرهمين

المفسد منصوصا وان ثبت مع ذكر العبد منصوص عاينه وهو مفسد ولا اعتبار بالدلالة مع النص المفسد وفي حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذكر اليوم الموجب للتساقط بقربة زائدة على ما مر *

قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وهذا يدل على انه قد يزداد على نصف درهم وروى عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمهما الله انه لا يزداد على نصف درهم وينقص عن نصف درهم فحصل عن ابي حنيفة رح روايتان وجه هذه الرواية ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزداد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال ان التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان اعتبار المصريح اولى من غيره والمصريح نصف درهم لا الدرهم وجه ظاهر الرواية انه اجتمع في الغد تسميتان فيعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا اولى من الترجيح بالمصريح فان خاطئه في اليوم الثالث فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح لانه اذا لم يرض بتأخير الى الغد باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد اولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الخيرة على انه ان حمل عليها كرشعير
فبنصف درهم وان حمل عليها كرحضة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة ر ح وقالوا
لا يجوز وجه قولهما ان المعتود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشئين وهو مجهول والجهالة
توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعندة ترتفع
الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف
هو الاصل عندهما ولا يبي حنيفة ر ح انه خيرة بين عقدين صحيحين مختلفين يصحح كما
في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه
لا بدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد الانتفاع وعندة ترتفع
الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الجارين المتيقن به *

قوله فهو جائز ويحتمل الخلاف ذكر محمد ر ح هذه المسئلة ولم يحك فيها خلاف
فان قيل الكل واحتمل ان يكون هذا قول ابي حنيفة ر ح خاصة كما في
نظائرها من المسائل **قوله** وهذا الحرف هو الاصل عندهما اي الاصل عندهما ان الاجر
متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم ايها يجب يفسد العقد **قوله**
ولا يبي حنيفة ر ح انه خيرة بين عقدين صحيحين مختلفين فوجب القول بصحته كما في
الفارسية والرومية وهذا لان السكنى وعمل الحداد مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد
صحيح فكذا عند الجمع **قوله** والاجارة تعقد الانتفاع وعندة ترتفع الجهالة جواب عن قولهما
يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهوان الغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة
للحاجة فالظاهر ان لا يخلو عن الانتفاع واذا جاز الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع
ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع
واحتيج الى الجواب الاجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العملين اذا الفضل لا يجب
بالشك وقيل يجب الاقل ويتنصف الفضل وقيل يتنصف كل واحد منهما فلا يتمكن الجهالة (بكل)

باب اجارة العبد

ومن استأجر عبدًا لخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى عيبه داخلا كما في الركوب ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهر او اعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحساناً اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار هلاك العبد والنافع ما دون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان يأخذ منه بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم يبدل معلوم وعسم اليه الزيادة بزيادة في البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل في المعتود عليه والله اعلم بالصواب *

باب اجارة العبد

قوله ولهذا جعل السفر عذراً يعني اذا استأجر غلاماً لخدمته في المصر و اراد المستأجر ان يسافر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر المستأجر ولهذا جعل عذراً **قوله** كما في الركوب يعني اذا اطلق الركوب فاذا تعين ركوبه لا يكون له ولاية اركاب غيره وكذا في العكس فان قيل هو في ملك منفعه نزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلما لا يكون له ان يسافر به قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته **قوله** فصار كما اذا هلك العبد اي في ذلك العمل فانه يجب على المستأجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لان المستأجر صار غاصباً له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكا له (من)

(كتاب الاجارات باب اجارة العبد)

ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ر ح
وقالاه وضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما
يجب بالتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز
نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله
من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا لمنفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر فان قيل يشكل
هذا بما دفع الارض الى عبد محجور عليه مزارعة ليزرعها العبد ببذره فهلك العبد في عمل
الزراعة فانه لا يضمن قلنا ان البذر لما كان من العبد يصير العبد مستاجرا للارض ولا يصير
صاحب الارض غاصبا للعبد لان من كان البذر من قبله يكون مستاجرا حتى لو كان البذر
من قبل صاحب الارض وهلك العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب
في الصبي المحجور كذلك والمعني انه فيه امين اذ لا ضمان فيه كذا في الفوائد الظهيرية
ان صورة اذا هلك المحجور من العمل في هذه الصورة فان كان المحجور صبيا فعلى
عاقلة المستأجر عليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك وان كان المحجور عبدا فعلى
المستأجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل له العبد لما ذكرنا *

قوله ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه قيد باجارة العبد نفسه لانه لو اجر الغاصب العبد
كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق **قوله** لان التقوم به اي بالاحراز **قوله**
وهذا غير محرز لان الاحراز انما يثبت بيد حافظه كيد المالك او بيد نائبه ويد المالك لم يثبت
عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز
نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه
الغاصب يضمنه وان لم يكن محرزا في حق الغاصب قلنا الولد متقوم لحصوله من المتقوم
بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهي غير متقومة فكذا ما حصل منها
قوله في حق الغاصب اي غير محرز للمولى في حق الغاصب ولكنه محرز للمولى
في حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن * (قوله)

ويجوز قبض العبد الاجري في قولهم جميعا لانه ما ذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر
ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والا اول منهما باربعة
لان الشهر المذكور ولا ينصرف الي ما يلي العقد تحريا للجواز ونظرا الي تنجز الحاجة
فينصرف الثاني الي ما يلي الاول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر
ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستأجر آبق او مريض حين اخذته وقال المولى
لم يكن ذلك الا قبل ان تأتيني بساعة والقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح والقول قول
الموآجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجم بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو
يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه
قوله ويجوز قبض العبد الاجري في قولهم جميعا وفائدة تظهر في حق خروج المستأجر
عن عهدة الاجرة لانه عاقد واما اذا باجرة المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة
الا بوكالة عن المولى لان القبض من حقوق العبد فيثبت للعاقد **قوله** على ما مر اشارة
الي قوله والمفاد ما ذون فيه كقبول الهبة **قوله** ومن استأجر عبدا هذين الشهرين
وفي عامة الكتب استأجر عبدا الشهرين شهرا بكذا وشهرا بكذا بدون اسم الاشارة
وقوله تحريا للجواز وتنجز الحاجة لا يطابقه وضع المسئلة في المعين ويحتمل ان يحمل
قوله هذين على ما اذا قال الآجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة
فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله هذين الشهرين
الي الشهرين المنكرين الذين دخلا تحت ايجاب الاجر فيبقى التكبر فيصلح التعليل
بتنجز الحاجة لاثبات التعيين **قوله** تحريا للجواز ونظرا الي تنجز الحاجة وهذا لانه ان
لم ينصرف الشهر المذكور والا الي ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهرا منكرا من شهور
عمرة وهذا فاسد فلا بد من صرفه الي ما يلي العقد تحريا للجواز العقد وكذلك الاقدام على
الاجارة دليل تنجز الحاجة الي تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور ولا
الي ما يليه قضاء للحاجة الناجزة **قوله** اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة (وانقطاعه)

باب الاختلاف

قال اذا اختلف الخياط ورزب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لابل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته لا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفة لكن يحلف لانه انكر شيئا لواقربه لزمه * **قال** واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخبر في مسألة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لى بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد * **و** في الجارية اذا اختلف مع صاحب الرحى في جريان الماء في المدة فان القول قول من يشهد له الحال وان اختلفا في قدر الانقطاع فقال المستأجر عشرة ايام وقال الاجر خمسة ايام فالقول للمستأجر والبيئة للآجر وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه اذ الترجيم ابدانما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف في اصول الفقه والله اعلم

باب الاختلاف

قوله لو انكراصل الاذن كان القول قوله اي لو انكر عقدا الاجارة كان القول قول رزب الثوب فكذا اذا انكر صفة **قوله** ومعناه ما مر من قبل اي قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيط قميصا بدرهم فخاطه قباء **قوله** وذكر في بعض النسخ اي نسخ القدوري **قوله** يضمنه ما زاد الصبغ فيه من الضمان اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ لانه لما خالف امر الامر في الوصف صار بمنزلة الغصب **قوله** لانه ينكر تقوم عمله اذ هو متقوم بالعقد ولا عقده هنا حيث ادعى العمل بغير اجر ودعى العمل بغير اجرا عانة والاعانة تبرع بالمنافع * (قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ر ح ان كان الرجل حريفاً له اي خليطاً له فله الاجر والاملا ان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جر با على معتادهما وقال محمد ر ح ان كان الصانع معروفاً بهذه الصعوبة بالاجر والقول قوله لانه لما فتح المحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التخصيص على الاجر اعتبار الظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة ر ح لانه نكروا الجواب عن استحسانهم ان الظاهر لدفع الحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم *

باب فسخ الاجارة

ومن استاجر داراً فوجد بها عيباً يصير بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموخر

قوله وينكر الضمان اي وجوب الاجر **قوله** حريفاً له الحرفه بالكسر اسم من الاحتراف وهو لاكتساب وحرف الرجل معاملته وفسره هنا بالخليط واراد به من بينك وبينه اخذ واعطاء مثل ان كان الرجل يعامل قصاراً وكان يدفع اليه الثوب باجرة ويقاطعه ودفع الثوب اليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله اجر مثل عمله اي القول قوله في انه عمله باجر وقال محمد ر ح ان من اتخذ كائناً وانتصب بعمل القصاراة بالاجر فالقول قوله قال شيخ السلام ر ح وعليه الفتوى والله اعلم بالصواب *

باب فسخ الاجارة

قوله وانها يوجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار وبهذا يندفع شبهة من قال ان عقد الاجارة لازم كالبيع ثم ان العيب اذا حدث في البيع بعد ما قبضه المشتري ليس للمشتري ان يردّه فكان ينبغي ان لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الاجارة ايضاً فقال ان العيب الحادث في الاجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع (قبل)

الازال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه **قال** واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المنصوصة قبل القبض فشا به فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد باتت على وجه يتصور عودها فاشبهه الا باق في البيع قبل القبض وعن محمد ر ح ان الاجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للأجر وهذا تنصيص منه على انه لم يفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به بغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه **قال** واذا مات احدا المتعاقدين وقد عقدا لاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة للملوكة والاجرة للملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد

• قبل القبض لان المعقود عليه امانه وانها توجد شيئاً فشيئاً فما وجد من العيب يكون حاداً كما اذا حدث العيب في المبيع قبل القبض ثم المستأجر اذا استوفى

المنفعة فقد رضي . . . ب فيلزمه جميع البديل كما في بيع دار رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان *

قوله ما ازال به العيب كما صلاح ما انهدم من الدار **قوله** فاشبهه الا باق في البيع اي اذا ابق المبيع قبل القبض لا يفسخ البيع كذا هنا **قوله** وهذا تنصيص منه على انه لم يفسخ لكنه يفسخ اي قوله ليس للمستأجر ان يمتنع اي عن القبض ولا للأجر اي عن التسليم تنصيص على انه لم يفسخ لكنه يفسخ اي له حق الفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد انه دام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب القسطاط فبقي العقد بهذا واكن لا اجر على المستأجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستيجار **وقال** محمد ر ح في السفينة المستأجرة اذا انقضت وصارت الواحائم ركبت واعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر **وقال** محمد ر ح لا يشبه هذه الدار لان السفينة بعد النقص اذا اعيدت صارت سفينة اخرى الا ترى ان من غصب من آخر الواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما عرصة الدار فلا يتغير بالبناء عليها * (قوله)

لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقد ها لغيره لم تنسخ
مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى *
قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله
لو كان الخيار له لغوات بعينه ولو كان للموثر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار

قوله لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز ما في موت الاجر فلان المنافع التي
تحدث على ملكه هي المعقود عليه وبموته ينتقل رقبته انداء وصنعتها الى الوارث فيبطل
الاجارة لغوات المعقود عليه لان تبدل الملك كتبدل المماوك الا ترى انه لو باع الدار برضا
المستاجر بطلت الاجارة لان انتقال الملك فيها الى غيره وفي موت المستاجر لو بقي العقد بعد موته
انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى ان المستعبر لا يخلفه وارثه
هذا لان الورثة خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما بقي وقتين ليكون ملك الوارث في الوقت
الاول ويخلف الوارث فيه في الوقت الثاني كالعين واذا تعد رتبات الارث تعين البطلان
بعقد النكاح بخلاف ما اذا باشر العقد لغيره كالوصي والوكيل ومتولي الوقف لان العقد ينتقل
الى ذلك الغير شرعا فلا يكون المستحق غير العاقد فانعدم ما ذكرنا من المعنى فان قيل
لما كانت الاجارة يتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي ان يعمل
اجارة الوارث فيه لان العين الذي يحدث فيه المنفعة صار ملكه كما في تصرف الفضولي قلنا
انما لا يعمل اجازته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فلا يتوقف على اجازته والفقه ما بينا
ان الوارث انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في اقواله ولا في عقود التي عقد ها لنفسه
وعليه كما اذا وهب شيئا ومات قبل التسليم او وكل رجلا يبيع ماله فلم يبيع حتى مات الموكل فان
الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المسئلتين لما قلنا انه لا يقوم مقامه في اقواله وهذا بخلاف النكاح
حيث لا يبطل نكاح امته بموت المولى لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث
بذلك رقبته الامة حق ماهي حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح **قوله** ويصح شرط (١)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

ولما انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها

الخيار في الاجارة ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وقال الشافعي رح لا يصح لان جواز الاجارة عنده بطريق ان المنافع جعلت كالا عيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين يسقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكن ايضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من ان يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من النسخ ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا لان المستأجر اذا استأجر دارا هذا الشهر مثلا فعلى الموجر ان يسلمها له في ذلك الشهر فلم يمتضى بعض الشهر لا يمكنه التسليم على الكمال *

قوله وسواء كان العقد مطلقا او محظورا من النكاح فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفي بعض النسخ انه عقد مقابلة اي معاوضة لان فيها تقابل العوضين. واما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلته **قوله** لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار **قوله** بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه اي فوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما ان التكليف انما شرع بحسب الوسع والطاقة ففي البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لا مكانه ولم يشترط في الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى لو اشترى شيئا ولم يعلم بانه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عاياه بالعيب الحادث **قوله** فيشترط فيه ونه اي فيشترط رد الكل في عقد البيع لا مكانه لاني عقد الاجارة لعدم امكانه (قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموجد بعد مضي بعض المدة
قال ويفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده
 بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها
 فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذا المعنى يجمعهما وهو عجز
 العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا
 وهو كمن استأجر حدا اذا ليقلم ضرره لوجع به فسكن الوجع واستأجر طبيا خالطه له
 طعام الوليمة فاختلفت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد *

قوله ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموجد بعد مضي بعض المدة كما اذا استأجر دارا سنة
 فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تحاكم لم يكن للمستأجر
 ان يستع من القبض في باقي السنة عندنا لان الخيار لو ثبت انما ثبت لتفرق الصفقة في المعقود
 عليه والعقد كما وقع وقع متفرقا فانه ينقصد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثاني
 من المنفعة مستحقا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في احد العقدين لا يؤثر في الآخر
 وعند الشافعي رح للمستأجر حق الفسخ فيما بقي لان المنافع عنده كالاعيان فاذا فات
 بعض ما يتناول العقد قبل القبض لا يجبر فيما بقي لان اتحاد الصفقة كما لو اشترى شيتين فهلك
 احدهما قبل القبض **قوله** ويفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا يفسخ بعذر وغير
 عذر الا بالعيب وعند شريح رح يفسخ بعذر وغير عذر لانه عقد على المعدوم كالعارية
 والحوالة للحاجة وللحاجة الى اثبات صفة اللزوم **قوله** اذا المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن
 المضي بموجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به فان جاوز هذا العقد للحاجة ولزومه
 لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا زال الامر الى الضرر اخذ نفيه باصل القياس وقلنا
 العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التملكات يمنع
 اللزوم في الحال كالوصية *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجرفه فذهب ماله وكذا من أجرد دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بتمن ما أجور فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفترق الى قضاء القاضي في التقض وهكذا ذكر في الزبادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي وجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فيتقرب العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بداله من السفر فهو عذر لانه لو مضى عليه موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او يطلب غريمه فحضر في السفر المكارهي فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يعقد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره وروى عن الموجه فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وذكر الكرخي رح انه عذر لانه لا يعري عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار

قوله انه فصل مجتهد فيه لان فيه خلاف الشافعي رح على ما ذكرنا فلا بد من الزام القاضي قال شمس الاثمة السرخسي رح وهو الاصح **قوله** ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا بان ماتت المرأة او اختلعت فيما اذا استاجر طبيا خالطه طعام الوليمة او مات الولد فيما اذا استاجر الختان ليختنه **قوله** وروى الكرخي رح انه عذراي مرض الموجه لانه لا يعري عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة وهو المرض دون الاختيار عذر وهو ما اذا بداله من السفر وروى بشر عن ابي يوسف رح قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فهذا لا يكون عذرا له وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيري لا ينفق على دابتي ولا يقوم بتعاهدها كقيامي واذا عذر عليه الخروج للمرض يلحقه في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد (قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعدلانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح والله امر زائد **قال** واذا استجر الخياط غلاما فليس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لغوات مقصوده وهو رأس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فإس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطه وان يعمل في اصرف فهو ليس بعدلانه لا يمكنه ان يقعد الغلام الخياطه في ناحية وهو يعمل الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطه فاراد ان يتركها ويستغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما هذه العامل شخصان فامكنه ما ومن استأجر غلاما ليعمل في المصير ثم سافر فيه وعذر لانه لا يعري عن الزام ضرر زائد لان خدمته السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالضرر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر *

قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعدلانه باعه مع هذا هل يجوز فيه اختلاف الروايات قال شمس الائمة السرخسي رح في شرح اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان ينسخ البيع واليه مال صدر الشهيد رح **قوله** وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه وقيل لا يحتاج الى التاويل فان الخياط الذي يعمل للناس فديعجز عن ذلك بان يظهر خيانتة عند الناس يتحاشون عن معاملته وتسليم العمل اليه **قوله** وكذا اذا اطلق بان قال استأجرت منك هذا العبد للخدمة ولم يقل في الحضر او في السفر **قوله** بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر وفي الذخيرة ولو اراد رب العبد ان يسافر لا يكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلي بين المستأجر وبين العبد فعلم ان ذكر العقار ليس بقيد والله اعلم * (مسائل)

مسائل منشورة

قال ومن استاجر ارضا واستعارها فاحرق الحصاد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعدي في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه *
قال واذا ائتمد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز

مسائل منشورة

قوله فاحرق الحصاد حصد الزرع جزء حصد او حصادا من باب طلب وضرب والحصاد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود واريدها هنا ما بقي في الارض من اصول القصب المحصود **قوله** لانه غير متعدي في هذا التسبب والضمان بطريق التسبب يعتمد التعدي في حفر بئر في داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعدي ولو رعى ما في ملكه فاصاب نفسه او ماله فلهك يضمن لانه مباشر فلم يتوقف على التعدي وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر فاما السبب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة واحراق الحصاد ههنا مباح وليس بتعدي فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي رح هذا اذا كانت الرياح هادئة حين او قد النار ثم تغيرت لانه لا يصنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة فينبغي ان يضمن لان موقد النار في اليوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في ارضه ولكن الريح تذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القى في ارضهم **قوله** واذا ائتمد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل صورة المسئلة اذا كان المقصود الصباغ وكان معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقع في دكانه رجلا حاذقا يقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس (مال) قصا

(كتاب الاجارات مسائل منشورة)

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا ابوجهته يقبل وهذا بحذاته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضرة الجهالة فيما يحصل **قال** ومن استاجر حملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جازوله المحمل المعتاد وفي التماس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفتي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالنسبة الى المتعارف فلا تقضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر * **قال** وان شاهد الجمال المحمل فهذا جود لانه انفق للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء * **قال** وان استاجر بعير المحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكمل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق *

مال صاحب الدكان المنفعة والمافع لا يصير رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مسنأ جرموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل وفي العمل بايديهما سواء فيصير رأس مال احدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل واذا كان واحد منهما يجب به الاجر كذا في النهاية *

قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا ابوجهته تقبل وكان الآخر يشاركه على ان يتقبل الاعمال فتقبل احدهما وعمل الآخر فيكون الاجر بينهما كما لو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر يكون الاجر بينهما وكذا اذا شارك على ان يشتريا بوجوههما ثم اشترى احدهما يشاركه الآخر فيه وهذا اقرب الى شركة التقبل من شركة الوجوه الا انه انما قال هذه شركة الوجوه في الحقيقة لما ان قبول الاستاذ العمل ابوجهته **قوله** للجهالة اي للجهالة قدر المحمل من الطول والعرض والثقل والوطاء والفرش والدثر جمع دثار وهو كل ما قيمته عليك من كساء وغيره **قوله** ورد الزاد معتاد عند البعض هذا جواب اشكال وهو (ان)

(كتاب المكاتب)

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً هذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فلا فضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فادها الا عشرة ذنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ان يقال مطلق التقدم محمول على العادة وفي عادات المسافرين انهم يأكلون من الزاد **قال** وهو من شأنه فاجاب ان العرف معشركه فانه معتاد عند البعض فكان العمل بالاطلاق اولى وهو ان يحرر من الحمل المسمى من موضع ذاك وانما يكون ذلك بزد ما انتقص من الزاد فلا مانع من العمل بالاطلاق *

كتاب المكاتب

الكتابة التحريريد في الحال ورقبة عند اداء المال وهذا التركيب يدل على الجمع ومنه كتب الكتاب لانه جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكتب الشفاء حررة والكتيبة الطائفة من الجيش فسمي هذا العتد الذي جرى بين المولى وعبده كتابة لانه لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد اخص بنفسه ومنافع نفسه من سيدة حتى لا يبقى له عليه ولا على اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق في المحل **قوله** وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء خص الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كذاؤد الاصفهاني ومن تابعه هذا امر ايجاب اذا طلب العبد من مؤلاة ان يكاتبه وقد علم المولى فيه خير ايجاب عليه ان يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب **قوله** وانما هو امر ندب هو الصحيح وقيل بعض (مشائخنا)

(كتاب المكاتب)

وفيه اختلاف الصحابة رضي وما اخترناه قول زيد رضي ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانتم حر لان موجب العقد ثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للمرق

مشايخنا الامر قد يكون ايمان الاباحه والنجواز كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا فذكور علي وفاق العادة لان المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذا اباحه ثابت بدون هذا الشرط *

قوله وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم قال زيد بن ثابت رضي الله عنه مثل قوله وقال علي رضي الله عنه يعتق بتدريما ادى وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذ ادى قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذاك يكون المولى غريما من غرمائه وقال ابن عباس رضي الله عنهما يعتق بنفس العقد ويكون المولى غريما من غرمائه وانما اخترنا قول زيد رضي الله عنه لقوله عليه السلام ايمان عبد كوتب على مائة دينار فاذا اداها الا عشرة دنائير فهو عبد **قوله** لان موجب العقد ثبت من غير التصريح به وعند الشافعي رح لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا ان ادبته الي فانتم حر واصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا جمع حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال اوجبت لك حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء ولو نص لكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعلي مذهبنا تفسيرها ضم نجم الى نجم لاضم حرية الى حرية ولو نص عليه لا يعتق بان قال ضربت عليك الفاعل ان تؤديها الى كل شهر كذا هذا في المبسوط **قوله** ولا يجب حط شيء من البدل وقال الشافعي رح يجب حط ربع البدل لقوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اناكم وعن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام انه قرأ هذه الآية وقال هو ربع الكتابة ولنا انها متضمنة ولا يجب الحط في سائر المعاضات كذا فيها وهذا لان الكتابة بسبب لوجوب مال الكتابة على العبد فلا يكون سببا بعينه (لاستحقاق)

(كتاب المكاتب)

بخلاف السلم على أصله لأنه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عاينها فتثبت به ولما ظاهر ما قلونا من غير شرط التجيم ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ظاهرا بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق *

لاستحقاق الخط الذي يضاد الوجوب كالبيع والامر للنائب كالأمر بالكتابة وعن الكلبي المراد بالايلاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وهو الظاهر لأن الايلاء يدل على التملك وذافي التصديق عليهم لأن الخط لا يكون تمليكا *

قوله بخلاف السلم على أصله فان أصل الشافعي رح ان السلم الحال يجوز **قوله** ولما ظاهر في الرق يعني بهاد المولى فكاتبوهم الآية فمن شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص فسخ من رسله والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع ولهذا يجوز الاستبدال به قبل التبض وهذا آية الثمنية ولا يقال العجز عن الاداء يوجب الفسخ وهذا آية الطبيعة لا ناعملنا بالشبهين وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه مبيعا وبعد اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثما بخلاف المسلم فيه فانه مبيع من كل وجه حتى لا يجوز استبدال المولى والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع فلا بد من الاجل الممكن له من التسليم **قوله** ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنها عقد كريم اذا العبد وما في يده لمولاه فيكون الظاهر انه لا يضيق عليه ولا يطالبه بالاداء ما لم يعلم قدرته عليه الا انه لم يذكر الاجل ليكون متفضلا في تأخير المطالبة في الانتهاء كما كان منعما عليه في أصل العقد في الابتداء بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة فلا يمهل اذا عجز فيجوز مؤجلا لا حالا **قوله** وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق اي في الكتابة الحالة يرد الى الرق كما عجز لأن شرط الفسخ عجز المكاتب عن اداء البدل وقد وجد *

(قوله)

قال وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقيق الايجاب والقبول اذا العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشايعي ربح بخالفه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادعى عنه غيبة لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبد جعلت عليك الفاتورة بها التي نجوما اول النجم كذا و آخرة كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اني بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفاكيل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص ربح لا يكون مكاتبا اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فالتحقيق معنى الكتابة وهو الضم

قوله واذا كان يعقل الشراء والبيع يعني يعقل ان الشراء جالب والبيع سالب **قوله** جعلت عليك الفاتورة فاذا اديتها فانت حر قوله اذا اديتها فانت حر لا بد منه لان قوله جعلت عليك يحتمل الكتاب ويحتمل الضريبة لان المولى يستبد بضربة عبده فلا يتعين جهة انكتابة الا بقوله اذا اديتها فانت حر بخلاف قوله كاتبك لعدم الاحتمال وقوله ان عجزت فانت رقيق لا يحتاج اليه ههنا وفي الكتابة ايضا وانما ذكره حثا للعبد على الاداء عند التجوم **قوله** فان هذه مكاتبة حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسحها بالتراضي ولو ادعى بعض البديل لم يبق محلا للتكفير بخلاف المعلق عتقه باداء المال فان هذه الاحكام تنعكس في حقه **قوله** لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة لان التنجيم للتخفيف والتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا بالكتابة فعرنا ان المولى قصد ايجاب البديل بهذا التنجيم وفي نسخ ابي حفص ربح لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام في المبسوط وهو الاصح بدليل انه لو قال اذا اديت الي الفاتورة هذا الشهر فانت حر لا يكون كتابة كذا ههنا والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسير الكتابة لانه قد يكون في سائر الديون وقد يخلو الكتابة عنه وذكر لفظ يختص به الكتابة لم يوجد ههنا فلا كتابة * (قوله)

(كتاب المكاتب)

فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما رويناولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بناخره لانه ثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجهه فان اعتقه عتق باعتاقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابل الحصول العتق به وقد حصل دونه *

قال واذا وطى المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبها والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالها غرم لان المولى كالا جنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتفق المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله اعلم بالصواب *

قوله فيضم ما يدينه الى مالكية نفسه اي يضم مالكية يده في الحال الى مالكية نفسه في المال لانه ملك نفسه من وجه ولهذا لو وطئها المولى يجب العقر ولذلك يجب الارش لو جنى عليها ولا يكون ذلك الا بان يكون مالكا لاجزائه من وجه وحقيقة مالكية النفس عند اداء جميع البدل **قوله** فلما روينا وهو قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه دينهم **قوله** وثبت له حق في الذمة من وجه اصل البدل يجب للمولى في ذمته لكنه ضعيف لانتم ملكه فيه الا بالتبض لان قبوله في ذمته مع المنافاة في اذالمولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلة مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم الملك للمولى بالتبض يتم المالكية للعبد ايضا وتام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق ضرورة اتمام المالكية **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود *

(فصل)

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلم بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدر او جنسا ووصفا فتفاحت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عنق وقال زفر رح لا يعتق الا بآداء قيمة الخمر لان البديل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق بآداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بآداء القيمة ايضا لانه هو البديل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق بآداء عين الخمر اذا قال ان ادبها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة اردم *

فصل في الكتابة الفاسدة

قوله ليس بمال في حقه اي ليس بمال متقوم **قوله** ولان القيمة مجهولة قدر او وصفا و جنسا اما جنسا فلانها مرة يكون من الدراهم وطورا من الدنانير واما قدر فانها تختلف مقدارها باختلاف المتقومين واما وصفا فانها يكون جيدا او وسطا او رديئا **قوله** وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة يعني ان الكتابة على القيمة بمنزلة الكتابة على ثوب او دابة وانه لا يجوز لان الثوب او الدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دين في الذمة كما في النكاح **قوله** ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان قيل لو كاتبه على عبد وسط او عبد مطلق يجوز وان كانت القيمة يجب بهذه التسمية حتى لو اتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن اصدده يجب قصد الاحكام لان النصريح بالقيمة ويجب ثمة حكما لا قصد الا انه تصریح بالعبد وقد ثبتت الشي حكما وضمنا لغيره وان كانت لا يثبت قصد اكبيع الاجنبية ونحوها **قوله** وان ادى الخمر عنق وفي المبسوط وان اذاه (قبل)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة
فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال
اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق
باداء عين الخمر لزومه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق
فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع **قال** ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان
المولى ما رضى بالتقصان والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطأ حقه في العتق اصلا فتجب قيمته بالغة
ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو المبدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه

قبل ان يترافعا الى القاضي وقد كان قال لانه انت حر اذا اديتها ولم يقل فانه يعتق ويسعى
في القيمة فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر رد رقبته لتقرر العتق فيه فيلزم
قيمته كما هو ربي . اذا اعتق المبيع قبل التبض وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة
نفسه لان البدل هو القيمة اي في الكتابة الفاسدة كما في بيع الفاسد وفي نسخ الهداية لا يعتق
الا باداء قيمة الخمر وانه مشكل جدا مخالف لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق
الا باداء قيمة نفسه ولو قيل بان المراد قيمة العبد اضيفت الى الخمر بادئ ملازمة
وهو وجوبها عند ذكر الخمر في البدل لكان وجهها متكلفا *

قوله ولا فصل في ظاهر الرواية اي يعتق باداء الخمر صرح بذكر الشرط ولم يصرح **قوله**
والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطأ حقه في العتق اصلا اي الظاهر من حال العبد انه يرضى
بالزيادة على المسمى لئلا يشرف الحرية او لان العبد لما اقدم على الكتابة الفاسدة
والواجب فيها القيمة فقد رضى باداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى **قوله** وفيما
اذا كاتبه على قيمته اذا ادى القيمة يعتق لانها البدل وانما يثبت اداء القيمة بتصادقهما
او باداء اقصى ما يقع به تقويم المقومين *

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

وانثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لا خلاف اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تنعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة ر ح رواه الحسن رضي الله عنه انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع

قوله وانثر الجهالة في الفساد يعني لا في ابطال العقود هذا جواب اشكال وهو ان القيمة مجهولة كجهالة الثوب فينبغي ان تؤثر تلك الجهالة في فساد العقد ما في وجه لا يعتق باداء القيمة كما لا يعتق بداء الثوب فاجاب بان جهالة القيمة مستدركة تحذر منه باداء اكثر ما يقع به تقويم المقومين ولا توقف على اداء المشروط وفي الثوب فاسم الثوب كما يتناول ما دى يتناول غيره ومعلوم ان مراده ليس بمطلق الثوب لانه لا يزيد اى ملكه عن العبد لاي ثوب كان فكان المراد معيناً ولا يدري ان المؤدى هل هو ذلك المعين ام لا فلا يثبت الاداء فان قيل ينبغي ان يعتق باداء ثوب اعتباراً لجهة التعليق اذ الكتابة تضمنت المعاوضة والتعليق فاذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب بقي معنى التعليق فيعتق كما اذا قال ان اديت ابي ثوباً فاي ثوب ادى عتق كذلك ههنا قلنا التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة ايضا لان المتضمن يبطل ببطان المتضمن **قوله** لانه لا يقدر على تسليمه لان ملك الغير غير مقدور التسليم **قوله** فاشبه الصداق الجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ولو تزوج على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم فكذا ههنا **قوله** اذا كان العقد يتحمل الفسخ تحرز به عن النكاح * (قوله)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه
اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد ر ح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة
اولى وعن ابي حنيفة ر ح انه لا يجوز اعتبار ابحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع
بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت الحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما
اذا كان البدل عينا معيناً والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف ر ح انه يجوز اجاز ذلك
اولم يجوز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح
والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة ر ح
رواه ابو يوسف ر ح انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت
الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف ر ح وعنه انه يعتق قال ذلك
وام يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا لا يعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين
في سنة واحدة فانه يعتق وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرفت ذلك في الاصل وقد
ذكرنا وجه الروايتين **المنتهى قال** وان كاتبه على مائة دينار على ان يرز المولى عليه

عبد اغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد ر ح وقال ابو يوسف ر ح هي جائزة
قوله بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط اي شرط صحة
التسمية في النكاح ان يكون المسمى مالا متقوما لا ان يكون مقدورا والتسليم اذ القدرة على تسليم ما هو
المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط لصحة العقد حتى لو تزوج بنت سنة يجوز وان كانت القدرة
معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر **اولى قوله** وان كاتبه على عين في يد المكاتب اي على عين
هو من كسبه بان كان مازونا في التجارة ففيه روايتان وقد عرفت ذلك في الاصل اي في المبسوط
ذكر فيه عبد مازون له في التجارة وفي يده عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين
ففيه روايتان اما اذا كان في يده دراهم او دينار حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايات
وجه الجواز ان هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم وجه الفساد ان الكتابة شرعت على
وجه يختص بمكاسبه فيثبت حرية اليد في الحال ويترأخى حرية الرقبة الى وقت الاداء (فلو)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

ويتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتب ما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال المعقود عليه ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى **قال** واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف والجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البديل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي ربح لا يجوز وهو القياس فلو جازت الكتابة هنا كان الاداء من مال المولى لان اكسابه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال منقود للمولى الاعلى كسب يوجد بعد الكتابة فلا يفيد ملك المكاتب على انه ثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا يكون كتابة * **قوله** ويتقسم المائة الدينار الى آخره حتى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء الخمسين ويستط خمسون في مقابلة العبد وانما يقسم على قيمتهما الجواز ان يكون قيمته العبد الوسط مستغرفة كل البديل وعلى هذا لا يحصل للدواين شيء وانه مراضي بذلك **قوله** وهو الاصل في ابدال العقود يعني الاصل ان كل ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يصح استثناء منه **قوله** ولهما ان العبد لا يستثنى من الدنانير لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز استثناء القيمة لانها لا يصلح بدلا لاشتغالها على نوع جهالة لا اختلاف المقومين فيها فاذا استثنى قيمته من المائة بقي الباقي من البديل مجهولا والحاصل ان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء العبد الذي يرد المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب فهو كتابة والبيع قد بطل لجهالة الثمن والمعقود عليه فلو جازت الكتابة لجازت بما يختص الرقبة من المائة والكتابة بالحصصة كتابة بالقيمة فيكون فاسدة **قوله** واذا كاتبه على حيوان (غير)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لحن على وجه يستط الملك فيه فاشبه النكاح والجماع انه يبتنى على المساومة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة **قال** واذا كاتب البصري عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدار معلوم والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخلف في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمته الخمر لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذا الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما اذا تباع الذميان خمر اثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا *

..... كتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس مثل ان يكتبه على عبد او وصيف ولا يبين النوع اي تركي او هندي والصفة اي لم يقل انه ابيض او اسود *

قوله لانه معاوضة فاشبه البيع والجماع انه لا يصح الا بتسمية البديل فكأن معاوضة كالبيع الا ترى انه يقال وينسخ **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال اي ابتداء لان البديل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال **قوله** او بمال اي في الانتهاء لانه في الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يستط الملك فيه اذا لعبد لا يملك مالية نفسه فاشبه النكاح **قوله** والجماع انه يبتنى على المساومة اي الجماع بين عقد الكتابة والنكاح **قوله** لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة اي قيمة المسمى فانه اذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمة يجبر على القبول فمضى جازا ان ينعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء جازا ان يبقى على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة اصلا فلا يمكن ابقاءه عليها *

(قوله)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذاك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداهها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم *

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذاك بما لديه التصرف مستبداه تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا يتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحابة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى *

قال ان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استخسا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو ملكية اليد اي جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبذلك لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقة اها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه

قوله واذا قبضها اي قبض قيمة الخمر عتق وان ادى الخمر عتق ايضا النقص في الكتابة تعاقب العتق باداء البدل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فادى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض المشائخ في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتدريسي لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدل هذا العقد ان العقد انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاءه صحيحا والخمر بدل فيه فبطل صحيحا ليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق باءه ثم العقد ان وقع فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا كذلك فبطل الخمر بدلا واذا ثبتت بدلا يعتق باءها **قوله** ولو اداه اي العبد المسلم الخمر **قوله** وقد بيناه من قبل اي في اول هذا الفصل وهو قول فان ادى الخمر عتق وقيل زورح لا يعتق *

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها احتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها لا احتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فيوفر حظهما عليها فاشبهها بالبيع يبطل (بالشرط)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبرا اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المتصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير ما يملك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافته واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يكتفل لائمة تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعه نفسا وما لا لان كل ذلك تبرع ولا يترغض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب علي عوض ثم يصح لانه تبرع ابتداء الشرط الفاسد اذا تمكن في صلبها كما لو شرطه خدمة مجهولة بان كاتبه على كذا على البدل واشبهها بالفتح لا يبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها بان كاتبه على كذا والدياس *

قوله هذا هو الاصل اي العمل بالشبهين هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وفك الحجر واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يخص العبد وهوان لا يخرج من الكوفة فاعتبرا عقد الكتابة اعتاقا في حق هذا الشرط لا معاوضة والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو اعتق عبد اعلى انه ماسد فان الشرط باطل والاعتاق صحيح **قوله** ضرورة التوسل الى المتصود وهونيل الحرية والتزوج ليس وسيلة اليه لان انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزوج ليس من اكتساب المال فيه بل التزام المهر والنفقة ولا يتصدق الا بالشيء اليسير ومادون الدرهم قليل ينوسع الناس فيه **قوله** ليجمع عليه المجاهزون والمجاهزون عند العامة الغني من التجار وكأنه اريد به المجهزون وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فخرف الى المجاهز **قوله** ولا يملكه بنوعه نفسا وما لا اي الكفالة باذن المكفول عنه وبغير امره لان كل ذلك تبرع (اما)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

ان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه ينملك به المهر فدخل تحت العقد *
قال وكذلك ان كاتب عبده والتمس ان لايجوز وهو قول زفر والشافعي لان ماله العتق والمكاتب
ليس من اهله كالاتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتنويع الامه وكالبيع

اما اذا كان بغير امره فظاهر انه تبرع محض ولا يكون له الرجوع بما ادى فصار كالهبة
وان كان بامر فذلك ايضا لان الكفيل متى ادى بصير مقرر صا بما ادى الى المكفول
عنه والاقرض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس بشروط في المجلس ولو كان
معاوضة فيشروط قبضه في المجلس لكونه صرفا وكذلك الكفالة بالنفس ايضا لا يصح لانه تبرع
محض من غير عوض يحصل له ولا يقال انه التزم بدلا في ذمته وهو التسليم وتسليم النفس
مدلا يتعلق به المال فكان متصرفا فيما هو خالص حقه فيجوز لاننا نقول ان الكفالة متى صححت
قد يتعدى الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك ومتى حبس عجز
عن الكسب فيتصل ضرره هذا للالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواء كان باذن
المولى او بغيره لانه ملك المولى لافي منافع ومكاسبه فوجود ذمته فيها هو تبرع كعدمه *

قوله فان زوج امته جاز لانه اكتساب المال ولا يلزم عجز المكاتب عنه تزويج نفسها لان حق
المولى في رقبته باق ولهذا يملك اعتاقها دون اعتاق امته فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد
لها بتزويج نفسها ولان فيه تعيب رقبته فان النكاح عيب فربما يعجز ويغنى هذا العيب في
ملك المولى توضيحه ان النكاح غير مشروع في الاصل لاكتساب الاموال بل للخصن
واللعنة وانفكاك الحجر يثبت للمكاتب في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودا من تزويج
نفسها شيئا آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناول الفكاك الثابت بالكتابة بخلاف تزويج
الامه فان قيل هذا موجود في ابنته ومع ذلك لا يملك تزويجها قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى
وامته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون امته ولو عجزت وقد حاضت
ابنته حيضة لا يجب على المولى فيها استبراء جديد ويلزم ذلك في امته ومكاتبته * (قوله)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له **قال** فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاً للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد عدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئاً **قال** فلوا دى الاول بعد ذلك وعق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاً له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه استأط الملك من رقبته وثابت الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بمنزله وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب

قوله وقد يكون هو اسع نبيع لانه لا يستوجب الثمن في ذمة المشتري ما لم يزل العبد عن ملكه وههنا لا يزيل العبد عن ملكه ما لم يملك البدل بالقبض فلما ملك البيع فالكتابة اولى ولهذا يملك الاب والوصي كتابة عبد الصغير **قوله** ثم لا يثبت للعبد الا ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال فانه فوق ما هو ثابت له لان الثابت للمكاتب ثبوت حق الحرية والمعتق على مال حقيقتها **قوله** لان له فيه نوع ملك وهذا لان لكل واحد منهما حق ملك في كسب المكاتب الثاني لان كتابة الاول كانت باذن المولى فيكون مال الثاني من حق الكسب منقولا الى المولى فصار كانه مكاتبه من وجه فيكون للمكاتب الاول فيه حق ايضا لانه كسبه فكان هو المباشر لهذا العقد وحقه ارجح من حق المولى لان حقه حق ملك وتصرف والمولى حق ملك لا غير فاذا كان الاول من اهل ان يثبت له الولاء فهو اولى من المولى وان كان الاول مكاتباً على حاله ولم يكن من اهل الولاء فيخلفه مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئاً يملكه مولاه بهذا الطريق **قوله** وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة ولهذا اذا اوصى لموالي فلان (و)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظر اله ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية *
قل واما الماذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم له ان يزوجه امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمعارض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان الماذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله اعلم *

فصل

قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعناق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الامكان

وليس له معتق في الاحياء وله معتق المعتق يستحق هذه الوصية هو ولا يكون الاضافه الا الى المولى *
قوله هو قاسه على المكاتب فان له ان يزوجه امته فكذا هؤلاء **قوله** واعتبر بالاجارة فان لهم ولاية الاجارة فكذا ولاية تزويج الامة اذ كل واحد منهما تملك المنفعة ببدل **قوله** ولهما ان لهم التجارة وليس هذا بتجارة لانه ليس بمبادلة المال بالمال اذ البضع ليس بمال حقيقة فصار شبيهاً بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة فكذا هذا اما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب وهذا بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت الحيوان في الذمة بدلا عن المنافع فكانت تجارة *

فصل

قوله واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته حتى يمنع عن بيعه وانما قيد بقوله دخل في كتابته ولم يقل صار مكاتباً لانه لو كان مكاتباً اصاله لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصل بل يعجز الداخل بعجز الاصل حتى اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابته الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصاله *

(قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

الاثرى ان الحر متى كان يملك الاعناق يعتق عليه وان اشترى ذارحم محرم منه
لاولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقال يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب
الصلة ينظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير
ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد
ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني
الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا أولى لان العتق اسرع
نفوذا من الكتابة حتى ان احدا الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه *
قال واذا اشترى ام ولد دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها

قوله الاثرى ان الحر متى كان يملك الاعناق يعتق عليه اي اذا اشترى اياه او ابنته
... ما لا ملكا ولهذا يحل الصدقة له وان اصاب ما لا يملك الهبة ولا يفسد
نكاح امرأتها اذا اشترى ... المكاتب لا ملك له في الحقيقة لكن يقدر على الاكتساب والتدرة عليه
بوجب النفقة في قرابة الولاد ... يجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب وان
لم يكن موسرا ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر **قوله** ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام
وقرابة الولاد يعني قرابة الاخ وامثالها منوطة بين قرابة بني الاعمام وهي بعيدة لانها
بواسطة العم وهو بواسطة الجدوين قرابة الولاد وهي قرابة قريبة لانها بغير واسطة وهذه القرابة بواسطة الاب
او الجدا ونحو ذلك فاشبهت بني الاعمام في حق الزكوة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان
القصاص واشبهت الولاد في حق حرمة المناكحة واقتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا
فالحقناها بالولاد في العتق وبني الاعمام في الكتابة توفيراً على الشبهين حظها **قوله** وهذا
أولى اي من العمل على عكسه لان العتق اسرع نفوذا اي لو احقناها بالولاد في حق
الكتابة لا لغينا الشبه الآخر لانه يلزم الحاقها بالولادة في حق العتق لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة
قوله ولم يجز بيعها ولم يدخل في كتابته حتى لا يعتق بعته نص عليه في المبسوط * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تتبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رخص لانها ام ولد خلا لابي حنيفة رخص وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبع الثبوت في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امه له دخل في كتابته لما ينفى في المشتري فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتب ولد لان حق امتناع البيع ثابت فيها موكدا فيسري الى الولد كالندير والاستيلاء *

قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبتهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما ولا صح ما في المتن وكان كسبه لهما لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية *

قوله اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا اشارة الى قوله تحقيقا للصلة بقدر الا مكان **قوله** لان كسب المكاتب موقوف اي كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدى فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو مومية الولد اذا لم يتعلق لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ او كان الاستيلاء محتملا للفسخ فيفسخ بانفساخ الكتابة فمحتمل ان يجعل الشيء الذي لا يقبل الفسخ من جملة الشيء الذي يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبع لما هو دونه لانه يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولد تابع لثبوتها في الولد بناء عليه وما يثبت تبعا يثبت بشروط المتبوع ولو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس ينفيه **قوله** مؤكدا احترازا عن ولد الابنة حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها لما ان الامتناع في الابنة غير مؤكدا فلا يسري الى الولد **قوله** دخل في كتابتها وفي بعض النسخ في كتابتها ومعناه اذا كاتبتهما كتابة واحدة يدخل الولد في كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لهما كما اذا كانت الكتابة متفرقة والصحيح هو الاول * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يعلدوه لا يجوز ... فصل)

قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأه زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحققت فاولادها صبي ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد باذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ر ح وقال محمد ر ح اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به *

قال وان وطئ المكاتب امته على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهرا لدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخله تحت الكتابة

قوله زعمت انها حرة الغرور انما يثبت بقول الامه انها حرة وكذا اذا تزوجها منه حر على انها حرة او تزوجها منه عبد ارمد برا او مكاتب على انها حرة ويرجع المغرور بما ضمن من قبضة الولد على الامه بعد عتقها ويرجع (المستحق) على الحر وعلى المدبر والعبد والمكاتب اذا عتقوا وما اذا اراد ان يتزوج امرأة فاخبره رجل انها حرة ولم يزوجها اباه وتزوجها الرجل على انها حرة فاذا هي امه وقد وادت ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور ولا يرجع الزوج على المخبر بشيء لانه ما التزم شيئا انما اخبره بخبر كان كذبا وذلك لا يثبت له حق الرجوع كما لو اخبره ان الطريق آمن فسلك فاخذ الصوص ولكن يرجع بقيمة الولد على الامه اذا اعتقت لانها غرت حين زوجت نفسها منه على انها حرة واذا تزوجها وهو لا يعلم انها امه او تزوجها وهو يحسب انها حرة ولم يغره فيها احد فالاولاد رقيق لان هذا ظن منه والظن لا يغني عن الحق شيئا **قوله** ولا يأخذهم بالقيمة اي لا يأخذ المكاتب الاولاد بالقيمة اي لا تكون الاولاد احرارا بالقيمة **قوله** لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة اي فيما اذا كان المغرور حر ابواخذ بقيمة الولد في الحال وعلى قول محمد ر ح هنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق اي (فيما)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينظمه الكتابة كالكفالة *

قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبه وكذلك العبد المأذون لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى *

فصل

قال واذا ولدت المكاتبه من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببذل و آجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها

فيما اذا كان المغرور مكاتبه او عبدا او مدبرا اذا كان التزوج بغير اذن المولى اما اذا كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال لان كل دين وجب على المملوك يسبب مأذون فيه من جهة المولى يؤخذ به في الحال وكل دين وجب بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فانما يؤخذ به بعد العتق *

قوله وهذا العقر من توابعها توابع التجارة داخله تحت الكتابة وان كانت تبرعا حقيقة كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة وهذا العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشراء لوجب الحد نصار ملحقا بدين التجارة وان كان مقابلا بغير مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب العقر باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فلا ينظمه الكتابة فتأخر الى عتق كدين الكفالة والله اعلم *

فصل

قوله يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها قصدا اذا لم يكن منه فلان يملك تحرير ولدها ضمنا للدعوة اولى *

(قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العتق من مولاها لا اختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالا استيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبته وما بقي ميراث لا بنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي الحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لانه مكاتب تبعها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها **قال** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جرتها فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض منيجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لا متاع ابقائها بغير فائدة

قوله وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وهذا لانه لما كفى للمكاتب ملك ادنى منه في مكاتبته بدايل عدم جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد حتى يثبت منه النسب عند الدعوة فلان يكفي للمولى ماله من الملك وهو اقوى بدليل جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد اولي **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله قبيل فصل المكاتبه الفاسدة واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها **قوله** ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي الحرمة وطئها عليه وهذا بخلاف ام الولد اذ اولدت ولدا حيث يلزم المولى لانها ام ولد يحل للمولى وطئها وهذه ام ولد لا يحل للمولى وطئها فلذلك لا يلزم المولى الا ان يدعي حتى اذا عجزت نفسها ثم ولدت ولدا فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت ام ولد يحل وطئها فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر اولاد ام الولد **قوله** جهتا حرية اي عاجلة ببدل الكتابة واجلة بغير بدل *

(قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وهـ الا يجوز ... فصل)

غير انها تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان النسخ لنظرها والنظر فيها اذكرنا ولو ادت المكاتبه قبل موت المولى عنت بالكتابة لا بها باقية **قال** وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غير هاهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ر ج وقال ابو يوسف ر ج تسعى في الاقل منهما وقال محمد ر ج تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة ر ج في المقدار ومع محمد ر ج في نفي الخيار اما الخيار فخرج تجزي الاعتاق عند هـ لما تجزى بقي الثلثان ر قينا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير وموجل بالكتابة فتخير وعند هـ لما عتق كلها بعثت بعضها فهي حرة ووجب عليها احد المالين فتخير الاقل لا محالة فلا معنى للتخير واما المقدار فلمحمد ر ج انما قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجيب البدل بمقابلته الا ترى ان لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة

قوله غير انها يسلم لها الاكساب والاولاد جواب لشبهة وهي ان يقال لما انفسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغي ان يسلم الاكساب والاولاد المشتراة في الكتابة للمولى فاجاب ان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الاولاد والاكساب **قوله** فان مات المولى ولا مال له غير هـ انما قيد بدله لو كان له مال غير هـ وهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير وسقطت عنها المكاتبه لوقوع الاستغناء بها عن اداء المال فكان هذا بمنزلة ما لو عتق المولى مكاتبه **قوله** وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير وموجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقل المالين ايسر لكونه حالا فكان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا **قوله** قابل البدل بالكل اي بكل المدبرة لانه اضاف العقد الي كلها فقال كاتبتك على هذا وهي محل قابل (لهذا)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

ولهما ان جميع البذل مقابل بثلي رقبتهما فلا يستط منه شيء وهذا لان البذل وان قوبل بالكل صورة وصيغته لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته وصار هذا كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية

لهذا العقد كالقن فيصير كلها مكاتبا واذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجانا فيجب ان يسقط بقدره من الثلث وصار كما اذا استأخر التديبير بان كاتب عبده او لا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق *

قوله ولهما ان جميع البذل مقابل بثلي رقبتهما ولا يقان الظاهر انه انما التزم بمقابلة الكل لانه انما التزم ليعتق قبل موت المولى لاننا نقول استحقاق المدبر العتق غير مقرر قبل موت المولى لانه ان مات قبل موت المولى يبطل الاستحقاق وان مات المولى قبله يتقرر وبذل الكتابة في الحال كالموتوف بين ان يكون بمقابلة الكل او الثلثين فان ادى قبل موته يكون بمقابلة الكل فيعتق كله باداء البذل وان مات المولى او لا يتقرر استحقاقه فتبين بموت المولى او لان التزام البذل كان بمقابلة ما لم يتقرر استحقاقه توصيحه انه انما يلتزم البذل ليحصل العتق له عاجلا ما لو علم حصوله بالتدبير قبل الاداء لا يلتزم البذل فان ادى قبل موت المولى يجعل بمقابلة الكل واذا مات المولى قبل الاداء يجعل بمقابلة الثلثين **قوله** استحققت حرية الثلث ظاهرا انما قيد بقوله ظاهرا لانه اذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فانه لا يسلم له الثلث الا بالسعاية **قوله** فصار كما اذا طلق امرأته ثنتين الى قوله كان جميع الالف بمقابلة الواحدة فان قيل انما قابلنا البذل ثمه بازاء ما بقي لوقوع التظليقتين اما ههنا فلمدبرة حق العتق والملك كامل فيها ولهذا حل وطئها فيجوز ان يثبت بازائه من البذل قلنا قد سقطت مالبة هذا الثلث هنا ولهذا الواو تلفها انسان لا يضمن الا بقيمة الثلثين فيكون البذل بازاء الباقي *

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عند في شيء فافترقا **قال** وان دبر مكاتبه صح ان تدبير لما بينها ولها الخيار

ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابني حنيفة ربح وقالوا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا *

قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه ومنط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تنسخ برضاء العبد والظاهر رضاة توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامته الا كساب له لا نابقى الكتابة في حقه *

قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجمله فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا وله ذال لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا ان فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا ولا ربوا

قوله لدلالة الارادة اي ارادة المطلق لان الظاهر انها تدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لان لم يبق الا الطلقة الواحدة الباقية كذلك ههنا **قوله** عنده اي عند عقد الكتابة **قوله**

لما بينا انه لا تنافي لانها تلقتها جهة اخرى **قوله** بناء على ما ذكرنا اراد به قوله اما الخيار فرع تجزى الاعتاق **قوله** ووجهه ما بينا اراد به قوله لان البدل مقابل بالكل **قوله** لا نابقى الكتابة في حقه

اي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر والنظر في ابقائها في حق سلامة الاكساب **قوله** فكان ربوا لانه لما ادعى خمسمائة كانت هذه الخمسمائة بمقابلة خمسمائة

من الالف التي في ذمته فبالخمسمائة الاخرى يسلم للمكاتب بالاجل وانه ليس بمال والدين مال فيكون هذا متبلا للمال بغير المال فيكون ربوا لان الربوا هو الفضل الخالي عن العوض **قوله**

لهذا لا يجوز مثله في الحر بان كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا (لا)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحزين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة *

قال واذا كاتب المريض عبده على الف درهم الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يوخرها فصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيد لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يتال للمشتري اذ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى

قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمتها الفان ولم تجز الورثة اذ ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قواهم جنيعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما *

لا يجوز وكذا لو كان على مكاتب الغير دين مؤجلا فصالحه على هذا الوجه لا يجوز وبدل الكتابة مال من وجه اي ليس بمال من كل وجه حتى لا يصح الكفالة ولا يصلح نصا بالزكوة *

قوله ولان عقد الكتابة عقد من وجه لان القياس ينفي هذا العقد لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وعقد من وجه لانه تعليق العتق باداء البدل والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر **قوله** حتى اجري عليها احكام الابدال حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن وياخذ الشفع بـ كل الثمن **قوله** نظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف اي اصل اختلافهم هذا في مريض باع دارا قيمتها الف بثلاثة آلاف الى سنة **قوله** لما بينا من المعنى اراد به ما ذكر من الدليل في الطرفين **قوله** لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير لانه تبرع باسقاط احد الالفين وتأخير الالف الاخرى والله اعلم * (باب)

(كتاب المكاتب باب من يكاتب عن العبد)

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادي عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الف فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باءائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الف فهو حر فادى لا يعتق قياً سالانه لاشترط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باءاء القابل فيصم في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البذل لا يرجع على العبد لانه متبرع

باب من يكاتب عن العبد

قوله لانه لا شرط اي حتى يعتق لوجوده لانه لم يقل ان اديت اليك الف فهو حر والعقد موقوف والموقوف لاحكم له **قوله** ولا ضرر للعبد الغائب وهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل البذل فاذا تبرع الفضولي باءاء البذل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير باءاء البذل عنه فيعتقد الكتابة في حق هذا الحكم ويتوقف في حكم لزوم الالف على العبد **قوله** وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب يعني قيل صورة مسئلة الكتاب ما اذا لم يقل ان اديت اليك الف فهو حر بل قال له كاتب عبدك على الف درهم وقبل الفضولي عن العبد والحكم فيه انه ان ادى منه عتق وان بلغ العبد فقبل يصير مكاتباً وقيل هذا الجواب اي العتق باءاء الفضولي فيما اذا كانت المسئلة مصورة بصورة التعليق بان قال الفضولي على اني ان اديت فهو حر على ما قال في الكتاب **قوله** لانه متبرع لانه لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى قلنا ان اداة بحكم الضمان وهو ان يقول (كاتب)

(كتاب المكاتب بآب من يكاتب عن العبد)

قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد والغائب عتقا
وه معنى المسئلة ان يقول العبد كاتبي بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه
كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولا يته عليها ويتوقف في حق الغائب
لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعان
نفسه فيه اصلا والغائب تبعه والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كتبت دخل
اولادها في كتابتها تبعه حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البديل شيء وان امكن
تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البديل لان البديل
عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البديل شيء لانه تبع فيه *

كاتب عبدك على الف درهم على اني ضامن يرجع عليه لانه ادى بضمان فانس فان الكفاية
ببديل الكتابة لا تصح وان ادى بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق
العبد فلا يرجع كمن تبرع باداء الثمن على المشتري وتم تبرعه وهذا اذا ادى كل بدل الكتابة
وان ادى البعض له ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان ان ادى بضمان فلما مروا
ادى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل عوضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كمن
تبرع باداء الثمن في بيع موقوف كان لادان يسترد من البائع لهذا المعنى بخلاف الوقف العبد الكتابة
ثم تبرع انسان عنه باداء بعض بدل الكتابة حيث لا يرجع لان ثمة حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة
المكاتب عن بعض البديل وههنا لم يكن في ذمة العبد شيء حتى يبرء بادائه هذا اذا اراد ان يرجع
قبل اجازة العبد وان اجاز الكتابة حتى نفذت عليه ثم اراد التحرر يرجع بما ادى بحكم الضمان
يرجع وان ادى بغير ضمان لا يرجع سواء ادى الكل او البعض لانه متى اجاز نفذت الكتابة
من الابتداء فوقع الاداء مبرئا لذمة المكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصود المتبرع فلا يرجع *

قوله والكتابة على هذا الوجه مشروعة بان جعل نفسه اصلا في الكتابة والغائب تبعه كولد المكاتب
يكون تبعها فيصح هذا التصرف كذلك او يجعل هذا كتابة للحاضر على الف وتعليق العتق
الغائب بالاداء الالف الذي هو بديل في هذا الكتابة تصحيحا للتصرف العاقل بقدر الامكان (قوله)

(كتاب المكاتب باب من يكاتب من العبد) .

قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البذل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البذل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه *

قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينه عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه **قال** وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشيء ما يبتاعه فان قبل العبد الغائب ولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للمشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب ولا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير امره فبلغه فاجازة لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا *

قوله وايهما ادى عتقا اما الحاضر فلان البذل عليه فيجبر المولى على قبوله عند ادائه ويعتق الغائب ايضا لدخوله في كتابة الحاضر تبعا كما في ولد المكاتبه ولما ذكرنا من التعليق ووجود الشرط واما اذا ادى الغائب فلانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتبه ومعير الرهن اذا قضى دين الراهن فان المرتهن يجبر على القبول لانه يستخلص به ماله وهنه اولى لانه يستخلص به نفسه ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب لانه دخل في الكتابة تبعا كولد المكاتبه اولانه في حقه مجرد تعليق العتق بشرط ادائه بدل الكتابة وذلك لا يوجب المطالبة ثم ان العبد الغائب وان دخل في عقد الكتابة تبعا كولد المكاتبه الا انه اصل من وجه من حيث ان عقد الكتابة اضيف اليهما متصوفا بقوله كاتبتى بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب فكان بدل الكتابة منقسما عليهما في الاصل ولهذا الواعق المولى الغائب عتق وسقط حصته من المكاتبه لان المال مقابل بالرقبتين في حق المولى والحاضر وانما جعلناه تابعا لاحصته له في حقه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى يؤدي حصته وان اعتق الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبه ويؤدي الغائب حصته حالا والارد في الرق لان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب بخلاف ولد المكاتبه اذا اعتقه المولى لا يسقط من المكاتبه شيء ويعتق باعناق المكاتبه **قوله** فان قبل الغائب ولم يقبل فليس ذلك منه بشيء اي لا يؤثر قبوله في لزوم بدل (الكتابة)

(كتاب المكاتب باب من يكتب عن العبد)

قال واذا كتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى ام يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولاده تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي *

الكتابة عليه لانه ليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء اجاز الغائب اولم يجز وكذلك رده لا يؤثر في حق رد عقد الكتابة عن الحاضر بل عقد الكتابة لازم للحاضر وان رده الغائب *

قوله واذا كتبت الامة على نفسها اي قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها والحكم في العبد كذلك وليس في وضع المسئلة في الامة فائدة سوى ما ذكره ابو جعفر ر ح في كشف الغوامض بقوله ان لهذه الرواية اي لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليس في مكاتب المبسوط فان هناك وضع المسئلة فيمن كاتب عبده على نفسه واولاده الصغار فلولا رواية الجامع الصغير كان لقائل أن يقول للاب على الصغير من الولاية ما ليس الام فبرواية الجامع الصغير تبين ان ذلك كله سواء وانما قيد بالصغير ليدل بذلك ان لا اثر لقبول الغائب اورده ثم فائدة وضع المسئلة في الصغيرين دون الصغير هي ان ايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لولا هذا الوضع كان لقائل ان يقول في مثل هذا اذا ادى احد الابنين ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصاله بينهما ولا تبعية بخلاف الامة وابنها فان اداء الام كاداء ابنها بطريق ان الابن يتبعها وكذلك اداء الابن كاداء امه لانه لما دخل في كتابتها بطريق التبعية صار اداء التبع كاداء الاصل واما اداء هذا الابن ليس كاداء اخيه لما انه لا تبعية بينهما ولهذا وضع هذه المسئلة في المبسوط في الاولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ التنية لانه اقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة **قوله** على ما بينا في المسئلة الاولى وهي ما اذا كتبت عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب **قوله** وهي اولى بذلك من الاجنبي لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي والله اعلم * (باب)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

باب كتابة العبد المشترك

وان كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكتب نصيبه باللف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة ر ح وقالوا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تجزي عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذالم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المتبوع له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل

باب كتابة العبد المشترك

قوله ان يكتب نصيبه اي نصيب المأذون **قوله** واصله اي واصل قوله فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة ر ح وعندهما و بينهما فان **قوله** فيكون متبرعا بنصيبه عليه اي على المكاتب لانه لما اذن احدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبا وبقي نصيب الاذن عبدا كما كان فحين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب وبعضه عبد فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه فمتى اذن الذي لم يكتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد اذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي يكون له فيصير الاذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك فاذا تبرع بقبض الشريك لم يرجع ويصير بمنزلة مالو وهب من مكاتبته شيئا ثم المكاتب ملكه من غيره بعوض وعجز فان قيل المتبرع له ان يرجع بما تبرع به اذالم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق يرجع بما تبرع به لان المقصود من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا لو تبرع المهر عن الزوج ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع به)

لعدم التجزي فهو اصل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز **قال** واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطيها احد هما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احد هما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتب لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولوادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن شريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة

بدلان مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل فنهنا ايضا مقصود الاذن بالتبرع ان يسلم للمكاتب رقبته بالعتق ولم يحصل بالعجز فينبغي ان يرجع قلنا المتبرع عليه ههنا هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن عتقه وبعد العجز صار مرقوقا له من كل وجه والمواهي لا يستوجب على عبده دين ولا عينا خصوصا اذا خرج من يده بالتسليم الى المكاتب بخلاف الزوجة والبائع لان ذمتها محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده *

قوله لعدم التجزي ولا يلزم كتابة احد هما بدون اذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصرا عليه لان الكتابة انما يقتصر على احد الشريكين اذا كانت غير لازمة والكتابة هناك ليست بلازمة بدليل ان الساكت يملك فسخها وهنا لازم فاشبهت التدبير **قوله** كما في المدبرة المشتركة صورتها امة بين رجلين دبراها ثم وطئها احد هما فجاءت بولد فادعاه يثبت نسب الولد منه ويقتصر امومية الولد على نصيبه **قوله** لقيام ملكه ظاهرا قيد بقوله ظاهرا بالنظر الى ابقاء الكتابة والنظر الى العجز لا يبقى ملكه فيها والظاهر انها تمضي على كتابتها فيكون ملك الثاني باقيا فيها **قوله** ووطئه سابق فتصير ام ولد له من ذلك الوقت لان السبب هو الوطئ فصار كما اذا اسقط الخيار ثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى تستحق الزوائد * (قوله)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولده المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حنيفة فبإلزامه كمال العقر وابهما دفع العقر الى المكاتبه جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها الاختصاص بها بما فاعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد الاول ولا يجوز وطئ الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالا جماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ

قوله ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد فان قيل ينبغي ان لا يضمن قيمة الولد لان ضمان القيمة في ولد المغرور لما ان المملية يتلف في الولد بحريته فيضمن الاب قيمته وهنا الولد ينفع الام والام غير متقومة فكذا الولد فلا يجب القيمة فكان حرا فلا يجب الضمان قلنا عن ابي حنيفة رح في كون ام الولد متقومة روايتان فهذا وقع على رواية تقوم فيكون الولد متقوما على هذه الرواية فيضمن بالقيمة **قوله** لانه بمنزلة المغرور لان الشريك وطئها على حساب ان يضمها على حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين انه لا ملك له فصار مغرورا **قوله** وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هما المدهي ام ولد الاول وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد في المكاتبه يتجزى عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يتجزى واجمعوا على انه لا يتجزى في القنة ويتجزى في المدبرة لهما ان تكميل الاستيلاد واجب ما امكن ولهذا يكمل في القنة ما امكن تكميله ههنا بفسخ الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت يصير قنة واستيلاد القنة لا يتجزى ولا ابي حنيفة رح انه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بملك نصيب صاحبه والمكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولا وجه انفسخ الكتابة لان المكاتب قد رضي بحريته بجهة الكتابة ولا رضي بحرية آجلته بجهة الاستيلاد فزالتم يتحصن انفسخ منفعة لا ينفسخ الكتابة ولهذا قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبته ابنه لا يصح وان امكن تصحيحه بفسخ الكتابة **قوله** ولا يجوز وطئ الآخر لا يكون هذا الوطئ وطئا يثبت النسب والا فعدم جواز الوطئ بالاتفاق (قوله)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التديير لانه لا يقبل الفسخ
وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً
واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطى ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً
عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقولان الوطى لا يعري عن
احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبه قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة
لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبه ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب
كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل

قوله فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب لان لا ضرر لها في كونها ام الولد بل لها فائدة نفع حيث لم يبق
محالاً لا ابتذال بالبيع والهبة ويبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها **قوله**
بخلاف التديير جواب ما قاس ابو حنيفة روح المكاتبه المشتركة بالمدة برة المشتركة اي الكتابة
بخلاف التديير من حيث ان الكتابة قابلة للفسخ والتديير غير قابل للفسخ فكذلك اذا استوان الشريك
الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه لما قلنا ان امومية الولد يجب
تكميلها ما امكن وههنا لا امكان لان التديير لا يقبل الفسخ **قوله** بخلاف بيع المكاتب اي
لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع لان المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاه في البيع
وقد قلنا انه يفسخ في ما لا يتضرر المكاتب **قوله** غير انه لا يجب الحد للشبهة وهي شبهة انها
مكاتبه بينهما بالدليل الذي ذكره ابو حنيفة روح على انها تبقى مكاتبه بينهما **قوله** لان الوطى
لا يخلو عن احدى الغرامتين اي اما الحد واما العقر **قوله** وصار كلها مكاتبه له اي الاول
قوله قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة وهو اختيار الشيخ الامام الزاهدي اي منصور لما تريد
روح لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وقال عامة المشائخ روح
يبقى مكاتبه بجميع بدل الكتابة لان انفساخ الكتابة امر ضروري فلا يظهر في ما عدا
تملك الاول نصيب الثاني فبقي العقد الاول كما كان * (قوله)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبه بسقوطه والمكاتبه هي التي تعطى العقر
 لاختصاصها بابدال منافعهم ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى اظهر اختصاصه على ما بينا
قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبه لانه تملك نصيب
 شريكه وهي مكاتبه فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح
 يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتاب لان حق شريكه في نصف
 الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البذل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما
قال وان كان الثاني لم يظاها وان كان دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف
 الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله
 فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطى فتبين انه يصادف ملك غيره

قوله وفي ابقائه في حقه اي في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف بدل الكتابة نظر للمولى
 ابي المستولد الاول وهو حصول بدل الكتابة له **قوله** على ما بينا اي في بيان قول ابي حنيفة رح
قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبه وهو قول
 ابي يوسف رح في مكاتب بين الشريكين اعتقه احدهما فانه يجب عليه عند ابي يوسف رح
 نصف قيمته مكاتبه فقياس قوله فيما نحن فيه ان يضمن نصف قيمتها مكاتبه ايضا وقيمة
 المكاتب نصف قيمته **قوله** لانه ضمان التملك اظهر آثار الملك فيه من حل الوطى
 والاستخدام ونحوها فاما اذا اعتقه احدهما ولا كان هذا ضمان افساد الملك لانه لم يظهر اثر
 من آثار الملك عندهما والولاء ليس من آثار التضمين فان الولاء عندهما للمعتق على تقدير
 التضمين وعدمه فلم يكن ضمان الاعناق ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل
 من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
 على اعتبار العجز وفي نصف البذل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن
 ولانه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكها احدهما بالاستيال
 فتحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسائة درهم فلهذا اوجبنا الاقل * (قوله)

والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر **قال** وهي ام ولد
 للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاء على ما بينا ويفضمن لشريكه نصف عقرها
 لو طئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة
 والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح هذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا *
قال وان كانا كاتباهنم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت بضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها
 ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة ر ح وقال ر ح لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق
 تصير كانهما تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها

قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق
 الظاهر وذلك يكفي اثبات النسب دون التدبير الا يرى انه لو اشترى امته وود برهاتم استحققت
 يبطل التدبير ولو استولدها ثم استحققت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة كذا ههنا
قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكره في قول ابي حنيفة ر ح ثم اذا عجزت بعد ذلك
 جعلت الكتابة كان لم يكن وبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال
قوله لقيام المصحح وهو الملك في المكاتب لان استيلاده كان عند قيام الكتابة ويصح استيلاذ
 المكاتب بالاجماع **قوله** وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا اشارة الى قوله اما عند ههما فظاهر
 واما عند ابي حنيفة ر ح فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه من وقت الوطي **قوله** والجواب
 فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن المشترك على الخلاف في الرجوع فان عند
 ابي حنيفة ر ح اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعند ههما لا يرجع المعتق
 على العبد وفي الخيارات فان عند ابي حنيفة ر ح الشريك الساكت بين الخيارات الثالث ان شاء
 اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعند هما ليس له الا الضمان مع اليسار
 والسعاية مع الاعسار وغيرها وهو الولاء فان عند ابي حنيفة ر ح ان شاء اعتق الساكت او استسعى
 فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعند هما الولاء للمعتق في الوجهين جميعا * (قوله)

كما هو مسئله تجزي الاعناق وقد قررناه في الاعناق فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق
عند ابي حنيفة رح لان الاعناق لمكان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق
كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبه قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق
الكل فله ان يضمه قيمة نصيبه مكاتبه ان كان موسرا او يستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان
اعتاق فيختلف باليسار والاعسار **قال** وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتق الآخر
وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء
اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى العبد او يعتق
وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبر احدهما يقتصر على نصيبه
لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذ هبه فاذا
اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده
قوله كما هو مسئله تجزي الاعناق يعني كان مسئله تجزي الاعناق على الخلاف فكذلك
الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف ايضا فكان فيه اشارة الى ان الخلاف في هذه الاشياء الثلاثة
بناء على مسئله تجزي الاعناق وعدمه **قوله** وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمه
قيمة نصيبه كاتبة ولم يذكر الخلاف في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمتهما كما ذكر الخلاف
في المسئلة مقدمة في رواية الجامة وفي الزيادات لم يذكر الخلاف اصلا فيكون هذه المسئلة لما خرة
على تلك الرواية ويحتمل ان يكون قول محمد رح في تلك المسئلة خاصة ويفرق بينهما
ووجه الفرق ان الاعناق عندهما لا يقبل الوصف بالتجزي فيثبت العتق في الكل والعنق
ينا في الكتاب ابتداء وبقاء بخلاف الاستيلاء لانه لا يينا في الكتابة ابتداء فلا يينا فيها بقاء بالطريق الاول
كذا في الغوائد الظهيرية **قوله** لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار والقياس ان لا يختلف
باليسار والاعسار لانه ضمان اتلاف الا انا استحسنا وقلنا ان المعتق باشر السبب اي لما اعتق
المعتق نصيبه صار اعتاق نصيبه سببا لا تلاف نصيب صاحبه فاعرف دون العلة فيكون هذا
ضمان السبب بني على صفة التعدي فقيما اذا كان المعتق موسرا لا بد من الاعناق (لانه)

ولكن يفسد به نصيب شريكه فإن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذمومة
ويضمنه قيمة نصيبه مدبر لأن الاعناق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قول لأن المنافع أنواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق
وتوابعه والغائت البيع فيسقط الثلث وإذا مذهب المدبر لا يملك بالضمنان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى
ملك كما إذا غصب مدبر فأبق وأن اعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلث منه فإذا دبره
لم يبق له خيار التضمنين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعي وقال أبو يوسف
ومحمد رحم إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزئ عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته مؤسرا كان أو معسرا لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والعسر أرويه من
نصف قيمته قالا لأنه صادف التدبير وهو قول وأن اعتقه أحدهما فتدبر الآخر باطل لأن الاعناق
لا يتجزئ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتقه ويضمن نصف قيمته إن كان مؤسرا ويسعى
العبد في ذلك إن كان معسرا لأن هذا ضمان الاعناق فيختلف ذلك باليسار والعسر عندهما *

لا بد يتمكن من إحراز الثواب بواسطة اعتاق عبد آخر فإذا اعتق المشترك يكون متعديا وفيما
إذا كان معسرا ليس له إحراز ثواب العتق طريق آخر سوى هذا فلم يكن متعديا *

قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه أي باعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر لأنه كان قبل
اعتاقه يملك الاستخدام والاستغلال وكان لا يجبر على الإخراج إلى المعتق تبعداً عن المعتق
يكون المدبر مجبورا على الإخراج إلى المعتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون مختصا بالكسابة
قوله البيع واشباهه وهي الهبة والصدقة والارث والوصية **قوله** والاستخدام وامثاله وهي الإجارة
والإجارة والوطى **قوله** والاعتاق وتوابعه وهي الكتابة والاستيلاء والتدبير والاعتاق على مال
قوله وإذا ضمنه لا يملكه بالضمنان لأن هذا ضمان حيلولة لضمان تملك فانه بالاعتاق
أزال يد الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب **قوله** كما إذا غصب مدبرا وأبق أي
حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب فإذا وجده الغاصب فله أن يستغنيه **قوله** فإذا دبره
لم يبق له خيار التضمنين فإن قيل بالتدبير انتقص قيمته فوجب أن يضمنه ما بقي (من)

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظرا للمجانين والثلث هي المدة التي ضربت لابطال الاعذار كما مهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد بن حمر وقال ابو يوسف ر ح لا بعجزه حتى يتوالى عليه نجران من قيمته فصار كما اذا سبق التدبير الاعتاق فلما الاعتاق اما اعتقد سببا للضمان لان نصيب صاحبه حينئذ كان قابلا للنقل من ملك الى ملك وباعتراض التدبير تعذر بقاء سببية الضمان على هذا الوجه فيبطل السببية اصلا الا يرى انه لو غصب مدبرا ثم ابق بضمه ولو غصب قناذيرة المولى ثم ابق لا يضمن لتعذر بقاء السببية على هذا الوجه الذي اعتقدت باعتراض التدبير بخلاف ما اذا سبق التدبير الاعتاق لان نصيب صاحبه وقت الاعتاق لم يكن قابلا للنقل فامكن القول ببقاء السببية على الوجه الذي اعتقدت *

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قوله واذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو المطالع ثم سمي به الوقت ومنه قول الشافعي اقل التاجيل نجران اي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه انه خط عن مكاتب له اول نجم حل عليه اي اول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية نجوما ومنه قوله التنجيم ليس بشرط ودين منجم جعل نجوما واصل هذا نجوم الانواء لانهم كانوا يعرفون الحساب وانما يحفظونه من اوقات السنة بالانواء **قوله** كما مهال الخصم للدفع اي اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع بينة حاضرة فانه يمهل ثلثة ايام **قوله** والمديون للقضاء فانه اذا اقربدين وسأل ان يمهل ثلثة ايام ليحضر المال اوليبيع عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتعا عن ادائه ولم يحبس به * (قوله)

لقول علي رضي الله عنه اذا اتوا الى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه
 عقدا رفاق حتى كان احسنه موجه له وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة
 استيسار او الى المدة ما توافق عليه العاقدان وانما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان
 من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول
 الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا به وانه بخلاف اليومين والثلاثة لانه
 لا بد منها الا مكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضي الله عنه
 ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها **قال** فان اخل بنجم عند غير السلطان
 فعجز فردة مولاة برضاة فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر او لى

قوله لقول علي رضي الله عنه اذا اتوا الى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط
 والمعلق بالشرط عدم قبل وجودة ذكر فخر الاسلام علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرطين لا ينزل
 عند وجود احدهما وهذا امر لا يعرف قياسا فصار المروى عنه كالمروى عن النبي صلى الله عليه وسلم
 والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها
 فيسقط الاحتجاج بها هذا جواب عما تمسك ابو يوسف رح بقول علي رضي الله عنه بان الاثر
 المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما يعارضه ما ذكره في الكتاب فيسقط الاحتجاج بها اي
 بالآثار المتعارضة لان الحد يثنى اذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فصار الى ما بعدهما
 من الحجة فبقي ما قال من الدليل ان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره سالما عن المعارض
 فيثبت الفسخ به او تقول ان في حديث علي رضي الله عنه بيان ان حق الفسخ يثبت للمولى
 بكسر نجمين وليس فيه نفي حق الفسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا
 الى قيام الدليل وهو ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنه فان ذلك كالمروى
 عن النبي صلى الله عليه وسلم لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على
 السماع لانه لا يدركه القياس **قوله** فان اخل بنجم عند غير السلطان اي غير القاضي * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وصوت المولى)

ولو لم يرخص به العبد لابد من القضاء بالنسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء
 كالرد بالعيب بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
 وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا
 عليه او على مولاه وقد زال التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة و
 قضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث
 لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علما ونارح
 وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا او ما ترك لمولاه وامامه في ذلك زيد بن
 ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو
 اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا لوجه الى الاول لعدم المحلية
 ولا الى الثاني لغتد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال، الشيء ثبت ثم يستند
قوله ولو لم يرخص به العبد لابد من القضاء بالنسخ وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالنسخ
 ولا يشترط رضاه كما اذا وجد بالمشتري عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشتري بالنسخ وجه هذه
 الرواية ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام
 العقد بوقوع الفراغ عن استثناء احكامه فيشبهه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل
 القبض وهناك ينفرد المشتري بالنسخ ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضي فهنا كذلك وجه الرواية
 الاخرى ان هذا عيب تمكن في احد العوضين بعد القبض لان المكاتب بعقد الكتابة صار
 في يده فاشبهه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري بالمشتري عيبا بعد القبض وهناك المشتري
 لا ينفرد بالنسخ كذا هنا **قوله** لانه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادعى بدل الكتابة
 فكسب للمكاتب وان عجز فللمولى **قوله** لا وجه الى الاول لعدم المحلية وذلك لان الميث ليس
 بحلل للعتق ابتداء لما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميث ولا يجوز
 ان يستند الى حال حيوته لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي اسناده الى حال حيوانه اثبات
 العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء * **(قوله)**

ولنا انه عقد معاوضة فلا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لحياء الحق بل اولى لان حقه أكد من حق المولى حتى لنزح العقد في جانبه والموت انقضى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية

قوله ولنا انه عقد معاوضة احتراز عن النكاح والوكالة وذلك لانه ثبت للمكاتب مالكية اليد وللمولى المطالبة ببطل الكتاب وقضية المعاوضة المساواة ولا يفسخ الكتاب بموت المولى فكذا بموت المكاتب **قوله** والموت انقضى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن المقدورية والمتهوية والمالكية عبارة عن القادرية والظاهرية ولهذا يوصف الجناز بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت انقضى للقادرية والظاهرية منه للمقدورية والمتهوية فاذا جاز ابقاء العقد مع اقوى المناهين لادنى الحاجنين فلان يبقى العتد مع ادنى المناهين لا على الحاجتين اولى واحرى واما ما ذكره الشافعي ربح من التردد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا فبالاعتق كما قدر المولى حيا ومالكه معتقا في فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت بعد موته حيا ومالكه الامواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجههور على انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيواته اما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاستناد انما يكون في التصرفات الشرعية قلنا نعم ولكن فعل النائب مضاف الى المنيوب وهذه الاضافة شرعية لا ترى ان من رمى صيدا فسات قبل ان يصيب ثم اصاب صار ملكا له وورث عنه والميت ليس باهل للملك ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتماهه بالاضافة وهو ليس باهل له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من اجزاء حيواته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالمالك ثم حكمنا باعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته واما بان تقام التركة الموجودة منه في آخر جزء من اجزاء حيوته مقام التولية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافات **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابته عليه على نجومه فاذا ادعى حكما بعنق ابيه قبل موته وعنق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه بكسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قبل له اما ان تودي الكتابة حالة او ترد رقبا عند ابي حنيفة رح واما عندهما يورده الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعاله ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولا يبي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصليين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضاف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانه بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لايه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حرو كذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولدان كان صغيرا فهو تبع لايه

قوله باستناد سبب الاداء اي بسبب هو الاداء **قوله** لان الولد داخل في كتابته هذه النكتة تقتضي ان لا يعتق الولد المشتري الا ان عتقه لمعنى آخر وهو ان مقصود المكاتب ان يعتق بجميع اجزائه فلذلك يعتق باداء الحال تحقيقا لمقصود العاقد بقدر الامكان **قوله** بخلاف سائر اكسابه فان المولى لا تصرف له في اكساب المكاتب ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب **قوله** وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة اي يرثه ابنه وقيد بقوله كتابة واحدة احتراز عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد لان الولدان كان منفردا بكتابة فاداه بعد الموت قبل قضاء مكاتبه او بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة وانما يعتق من وقت اداء البدل مقصورا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة في حقه ههنا فاذا لم يستند عتقه كان عبدا عند موت ابيه فلهذا لا يرثه (قوله)

وان كان كبير اجعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحرية في تلك الحالة على مامر*
قال فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به
 على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتاب لان من
 قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجبر
 الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكرن تعجيزا وان اختصم موالي الام
 وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء
 مقصود او ذلك يمتني على بقاء الكتابة وانتفاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء
 على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب
قوله وان كان كبير اجعلا كشخص واحد لا اتحاد عقد الكتابة وهذا لان الكتابة ما كانت واحدة
 ونجومها واحدة فانهما يعتقان معا ان ادبا ويردان معا في الرق ان لم يودبا وقد عتق العبد
 في اخرج جزء من اجزاء حيوته فيعتق الابن معه في تلك الحالة فيرثه لذلك **قوله** وان مات
 المكاتب وله ولد من حرة اي معتقة وترك ديناً وفاء بمكاتبته قيد بالدين لانه لو ترك عينا لايتهن
 القضاء بالاحاق بالام اذ يمكن الوفاء في الحال **قوله** وان اختصم موالي الام يعني اختصم
 بعد موت الولد فارثه بالولاء قبل اداء بدل الكتابة فقضى القاضي بالولاء لقوم الام يكون قضاء
 بعجز المكاتب وموته عبدا لان من ضرورة كون الولاء لقوم الام موت المكاتب عبدا لانه لو مات
 حرا لايجر الولاء اليه من قوم الام **قوله** لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا احتراز عن المسئلة الاولى
 فان القضاء بالارش على قوم الام لا يكون قضاء لهم بالولاء الذي يمتني على بقاء الكتابة في الاب
 وانتفاضها ولا يكون القضاء بالارش على قوم الام منافيا لبناء الكتابة في الاب بل هذا يقرر حكم
 الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على احتمال
 ان يعتق الاب فينتقل الولاء وموجب الجناية الى قوم الاب فلا يكون القضاء بالارش
 على قوم الام قضاء بفسخ الكتابة ولان القضاء بالارش عليهم قد يكون بجهة اخرى
 غير الولاء كال كفالة ونحوها فلم يكن قضاء بموت الاب عبدا وفي المسئلة الثانية الاختلاف (وقع)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقه من القضاء فلهذا كان تعجيزا *

قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد بملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله تعالى عنها هي لها صدقة ولها هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل الملك فلا تطيبه ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه بطيب واوعجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب

وقع في الولاء مقصودا وادبتي على قيام الكتابة وانتقاضها فكان هذا قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة فانها لو لم تفسخ وخرج من الدين وادبت الكتابة رجع عاقلة الاب بالميراث على عاقلة الام فينتقض القضاء بالميراث فقلنا بانفساخها صيانا للقضاء عن النقص

قوله هذا فصل مجتهد فيه فان الاختلاف بين موالى الاب وموالى الام في الحفنة راجع الى قيام الكتابة وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاة موالى الام زعموا اندمات عبدا وانفسخت الكتابة بموته وصار ولاء الولد لنا لا يتحول عنا وهو قول بعض الصحابة وموالى الاب زعموا ان الكتابة ام يفسخ بموته عن وفاة مولى الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء اليه وهو قول بعض الصحابة فاذا قضى القاضي بالولاء لموالى الام كان قضاء في فصل مجتهد فيه فنفذ بالاجماع وصيانا لقضاء متفق عليه واما من امضاء كتابه اختلف الصحابة في بقائها هذا اذا مات المكاتب عن وفاة واما اذا مات لاعن وفاة قال بعضهم يفسخ حتى لو تطوع انسان ببدل الكتابة لا يقبل منه وقيل خلافه **قوله** لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك فلنا ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى وكان للمكاتب ان يمنعه من التصرف في ملكه وهذا آية كمال ماك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى اذا المكاتب هو الذي يتصرف فيه تصرف الاملاك لا المولى ثم بالعجز ينقلب الامر وليس هو الا لتبدل الملك للمولى **قوله** في حديث بريرة رضى الله عنها فانها اهدت الى رسول الله صلعم (ما)

(كتاب المكاتب : باب موت المكاتب وعجزة وموت المولى)

وهذا عند محمد ر ح ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف ر ح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لاندلا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلا لا به فلا يحوز ذاك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جنابة العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختار الفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصيل

ما اخذت من الصدقات وقال عليه الصلوة والسلام هي لها صدقة ولنا هدية * **قوله** وهذا عند محمد ر ح ظاهر لان بالعجز عنده يتبدل الملك لان المكاتب اذا عجز فالمولى يملك اكسابه ملكا مبتدأ حتى لو آجر المكاتب امته ظمرا ثم عجز يبطل الاجارة عند محمد ر ح لزوالها عن ملك الآجر وكذلك عند ابي يوسف ر ح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى فان للمولى في كسب المكاتب نوع ملك وبالعجز يتقرر ذلك ويتأكد الا اندلا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في اخذها لكونه اذلا لا مع الغنية ومع زيادة الشرف والكرامة لان بالصدقة يستط الذنوب من المتصدق فيصير المتصدق عليه كالالة للمتصدق في حق سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة فلهذا حل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره والاخذ لم يوجد من المولى وعلى هذا اذا استغنى الفقير وفي يده شيء من الصدقة او وصل ابن السبيل الى وطنه وفي يده فضل من الصدقة او اعتق المكاتب وفي يده شيء من الصدقة يطيب لهما وفي الاوضح ما بقي في يد المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيب للمولى عند ابي يوسف ر ح لانه لم يتجدد الملك للمولى عنده * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

وكذلك اذا اجنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فله دين يباع فيه لا انتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقد رجح ابو يوسف رحمه الله وكان يقول اولايها في بيعه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع هو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولما ان المانع قبل الزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف النديب والاستيلذ لانهما لا يقبلان الزوال بحال *

قال واذ اقامت مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة كيلا يودي الى ابطال حق المكاتب اذا الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اذا طال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير

قوله وكذلك اذا اجنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز اي فانه يدفع او يغدي **قوله** وان قضى به عليه في كتابته اي ان قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته فهو دين اي قد رقيمة المكاتب دين على المكاتب **قوله** ولما ان المانع قابل للزوال للتردد اي لاحتمال انفساخ الكتابة ولم يثبت الانتقال في الحال اي من الرقبة الى القيمة فتوقف على القضاء او الرضاء وحاصله ان جناية المكاتب عندئذ لا يصير مالا الا بقضاء او رضاء او بالموت عن ولاء وعند زفر رحمه الله يصير مالا في الحال له ان المانع من الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة فوجب ان يصير موجبة للقيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد ولما ان الاصل في جنايات العبيد وجوب الدفع الا ان يتعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك المانع هنا قابل للنسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال من الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء **قوله** وسبب حق المرء حقه اي الكتابة سبب الحرية والحرية حقه وسبب حق المرء حقه فيكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان له دين على آخر *

(قوله)

كتاب الولاء

الولاء نزعان ولأء عتاقة ويسمى ولأء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولأء موالاة وسببه العتق ولهذا يقال ولأء العتاقة وولأء الموالاة والحكم يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تناصر بأشياء وقرّر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يوكدون الموالاة بالحلف **قال** وإذا عتق المولى مملوكه فولأؤه له لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق ولأن التناصرة في عقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فبرئته وبصير الولاء كالولاد ولأن الغنم بالغرم وكذا امرأة تعتق لماروبيا ومات معتق لابنه حمزة رضي الله عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلوة والسلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاستاق بمال وبغيره لا طلاق ماذ كرهناه *

كتاب الولاء

هو من الوالي بمعنى الترب ويقال بينهما ولأء أي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لخدمة كل خدمة النسب أي وصلة كوصلة النسب *

قوله الولاء نوء أي الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع وهو الذي يقع به التناصر نوعان ولأء عتاقة ويسمى ولأء نعمة قال الله تعالى وإذا تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي أنعم الله بالاسلام فأنعمت عليه بالعتق وسببه العتق على ملكه في الصحيح هذا احتراز عن قول أكثر اصحابنا فإنهم يقولون سبب هذا الولاء اعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن أعنتق ولكنه ضعيف فإن من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق هنا ولا يصح أن سببه العتق على ملكه لأن الحكم يضاف إلى سببه يقال ولأء العتاقة ولا يقال ولأء الاعتاق كذا في المبسوط **قوله** وقد أحياه معنى لأن الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي لا يرى إلى قوله تعالى أو من كان مينا فاحييناه أي كافرا فهديناه فكان في معنى الولاد من حيث أن سبب حيوة الولد (أما)

قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح *
قال واذا ادعى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبره وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاء ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجلا لامة لا خرافة في موثي الامة لامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابد الا انه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل وولاؤه عنه بما روينا وكذلك اذا ولدت ولدا لامل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لامل من ستة اشهر لانهم اتوا مان يعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيرة حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب انما هو والد فبرته كهو فان قيل ينبغي ان يرث المعتق من المولى ايضا اذا لم يترك المولى عصبة نسبية كما هو قول الحسن بن زياد رح قلنا المعتق اجنبي عند وقد جاء في المعتق نص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره *

قوله وان شرط انه سائبة عبد سائبة اي لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب اي جري وذهب كل مذهب اي اعتق رجل عبده وشرط ان لا يرثه فالشرط باطل **قوله** واذا ادعى المكاتب عتق وولاؤه للمولى لان سبب الولاء العتق على الملك وقد عتق على ملكه اذ المكاتب لا يرث وكذلك المدبر لا يرث فيعتق على ملكه ايضا **قوله** لانه عتق على معتق الام مقصودا وانما قلنا انه صار معتقا مقصودا لان الجنين هو جزء من الام والمولى اوقع العتق على جميع اجزائها مقصودا فيكون معتقا للجنين الذي هو جزءا مقصودا ايضا كذا ذكره شيخ الاسلام رح **قوله** او ولدت وادين احدهما لامل من ستة اشهر اي يوم مثلا والاخر بعدها * (قوله)

(كتاب الولاء)

لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصود الان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له **قال** فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولد افلاؤه لموالى الام لانه عتق تبعها للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق الاب جرا لـاب ولـاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعه للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمه لكحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاءنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه تنسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة من موت او طلاق فجاءت بولد لافل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام

قوله لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا بخلاف ولـاء العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتاق لانه محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار مقصودا لا يمكن لمن يجعل تابعاً لغيره في الولاء عليه **قوله** لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فكان تابعاً في الولاء فيجعل تابعاً للاب لان الاب هو الاصل في الولاء لكونه بمنزلة النسب **قوله** بخلاف ما اذا اعتنت المعتدة عن موت وطلاق فجاءت بولد لافل من سنتين وفي بعض النسخ لاكثر من سنتين والصحيح من الرواية لافل من سنتين بدليل قوله وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعاً وقد مر في كتاب الطلاق ان المعتدة عن طلاق رجعي اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقننا بالعلوق بعد الطلاق فان جاءت بولد لافل من سنتين لا يكون رجعة بالشك لانه لو حمل على وطئه في الدة يصير مراجعاً ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعاً والمراجعة لم يكن فلا يثبت بالشك * (قوله)

وان اعتق الاب لتعذرا ضافه العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطى وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مرجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فحسنى الاولاد فعتلهم على موالى الام لانهم عتقوا تبعالا منهم ولا عاقلة لا بيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما في ولد الملا عنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جبر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب ببا عتقوا لانهم حين عتقوا كان الولاء ثابتا لهم وانما ثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملا عنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملا عن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك ثبت مستندا الى وقت العاوق كانوا مجبورين على ذلك ف يرجعون **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لموالىها عند ابي حنيفة رح قال رضي الله عنه وهو قول محمد رح قال ابو يوسف رح حكمه بكم ايده لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معننى ولهما ان

قوله وان اعتق الاب لتعذرا ضافه العلوق الى ما بعد الموت صورته في فصل الموت ان كان مكاتباً مات عن وفاء او ولد مولود في الكتابة وفي الكافي وما وقع في نسخ الهداية فجاءت بالولد اكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لاقل من سنتين وعليه يدل التعليل المذكور فيها فالظاهر انه وقع من الكاتب **قوله** وكانوا مجبورين على ذلك اي قوم الام كانوا مجبورين على اداء الارش فلا يكونون متبرعين في ذلك فلذا كيرجعون **قوله** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب العجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصيحاً كداني المغرب وصورة المسئلة ان الحر العجمي الذي ليس بمعتق لا حد سواء كان له ولداً له ولداً لا حد اولم يكن كذا في الزاد وشرح الاقطع وفي الفوائد الظهيرية هذه المسئلة على وجوه ان زوجت نفسها من عربي فولد الاولاد قوم الاب في قولهم لان الشرف بانساب العرب اقوى وان زوجت نفسها من اعجمي له (اباء)

(كتاب الولاء)

ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم
ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه
الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة
والعقل لان تناصرهم بها واغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقد
والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا في الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة قوم ثم
اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي
ايهم قال ابو يوسف رح مواليتهم موالي ايهم لان الولاء وان كان اصعف فهو من جانب الاب

اباء في الاسلام فولاء الاولاد تقوم الاب عند ابي يوسف رح بلا ريب وعلى قولهما اختلف
المشايخ حكى عن ابي بكر الاعمش وابي بكر الصغار رحمهما الله انه تقوم الاب وقال غيرهما
لتقوم الام وان زوجت نفسها من رجل اسلم من اهل الحرب والى احدا منه او لم يوال فهي
مسئلة الكتاب وان زوجت نفسها من عبدا ومكانت فولاء الولد لموالي الام اجما عا الا اذا
عتق العبد فيجرب الولاء *

قوله ولاء العتاقة قوي معتبر وفي المبسوط ولاء العتاقة معتبر في حق الاحكام من حيث
الكفاءة ومن حيث ان يقدم على ذوالارحام ومن حيث انه لا يقبل الفسخ بعد
التنوع وفي الموالاته انعكس هذه الاحكام وهذا العقد وهوان الحرية والنسب في حق
العجم ضعيف بدليل ان حريتهم يحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكذا
العجم ضيعوا انسابهم الا يرى ان تفاخرهم قبل الاسلام بعمادة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام
فاذا ثبت الضعف في جانب الاب كان هو والعبد سواء **قوله** نبطي كافر تزوج بمعتقة نبطي جيل
من العراق كذا في المغرب والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية لتصور هذه المسئلة ان المسلمة لا يكون
بحت الكافر تعتد النكاح وغير الكتابية من الكفار لا يجوز ان يبقى نكاحها بعد اسلام الزوج
كذا ذكر الجباري رح في فوائده *

(قوله)

فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاته اضعف حتى يقبل النسخ
 وولاء العتاقة لا يقبله ولاضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان ابوان معتقين فالنسبة
 اليهم قوم الاب لانهم استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب اولان النصرة به اكثر
قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي
 اشترى عبدا فاعنته هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو
 خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصيته وورث ابنة حمزة رضي الله عنه
 على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو
 المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولي من المعتق لان
 المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارت
 عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة ذوي الارحام *

قوله فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية لم تجر عليها نعمة عتاق ومعنى هذا
 ان الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الي قومها بالولاء والنسبة بالولاء قرابة معتبرة شرعا واذا
 كانت عربية فلوانتسب الوالد الي قومها انما ينتسب بالنسب والانتساب بالنسب الى الام ضعيف
 جدا فكذلك بواسطة الام الي ابيها حتى يستحق العصوبة بدليل هذا النسب كذا في المبسوط
قوله هو اخوك اي في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم **قوله** فان شكرك
 اي بالمجاز اذ علي ما صنعت اليه فهو خير له لانه ابتدعت الي ما بدت اليه في الشرع قال عليه السلام
 من ازلت اليه نعمة فليشكرها **قوله** وشرك لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقض بقدرة
 من ثوابك في الآخرة **قوله** وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب عملك كله لك في الآخرة
 وشركه لان كفران النعمة مذموم قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله **قوله** تقدم
 علي ذوي الارحام لان النبي صلى الله عليه وسلم قدمه على الرد حيث ورث ابنة حمزة
 ومارد الباقي علي بنت الميت والرد مقدم علي ذوي الارحام **قوله** بدليل الحديث الثاني
 وهو تورث ابنة حمزة علي سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق *

(كتاب الولاء)

قال فان كان للمعتق عصبه من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبه من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذوحال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبه على ما روينا وهذا لان العصبه من يكون التناصربه لبيت النسبه وبالموالي الانتصار على ما امر والعصبه تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون ماته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتب من كاتبين بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلعم وفي آخره او جرولاء معتقهن وصورة الجرد منها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من حيثهما فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الي مولاهما بخلاف النسب لان سبب النسبه فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مدلوكة لاما لكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالانثرب

قوله تاويله يعني تاويل قوله فميراثه للمعتق ان لا يكون للمعتق عصبه من النسب ولا صاحب فرض ذي حال اي له حال فرض لا غيرا ما اذا كان صاحب فرض له حال تعصيب ايضا الاشئ للمعتق ولو كان صاحب فرض فله الباقي بعد فرضه لانه عصبه **قوله** لبيت النسبه اي لتبيلته هو منسوب اليها **قوله** وصورة الجرد منها وهي ما ذكر من قوله فان وادت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جرالاب ولواء ابنه وصورة جرولاء معتقهن تزوج عبدا امرأة با ذنها بمعتقه قوم فولدت منه اولاد افولاء الولد يكون لموالي الام فلوان المرأة اعتقت هذا العبد جر العبد ولواء الولد الي نفسه وجرت هي ذلك الي نفسها وصورة جرولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدا واعتقه ثم ان هذا العبد اشترى عبدا ثم ان العبد الثاني تزوج بمعتقه قوم فولدت منه ولدا افولاء الولد لموالي الام فلوان المعتق اعتق هذا العبد جر هذا العبد ولواء ولده ثم جر المعتق الاول ذاك الي نفسه ثم جرت المرأة ذاك الي نفسها **قوله** بخلاف النسب اي لا ينسب الولد الى الام يعني ان ولواء العتاقة يثبت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق ان سبب النسبه بالولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من (الرجل)

لان الولاء لا يورث ويخلقه فيه من يكون النصره به حتى لو ترك الموالي ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة ومحمد بن حنبل والله لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء للمجددون
الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اقرب في العصوبة عنده وكذلك الولاء لابن المعتق حتى يرثه
دون اخيه لما ذكرنا الا ان عقل جنابة المعتق على اخيه لانه من قوم ابها وجنابته
كجنابته ولو ترك الموالي ابنا واولاد ابن آخر ومعناه بنى ابن آخر فميراث المعتق لابن
دون بنى الابن لان الولاء للكبير هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي
وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب *

الرجل بخلاف النسب فان سببه اثراش وصاحب العراش هو الرجل لا المرأة لانها مملوكة
فلا يعارض المالك في استحقاق النسب اما الرجل والمرأة في نسبة العتق على السواء *

قوله لان الولاء لا يورث اي لا يجري في الولاء الارث لانه لو كان استحقاق المال فيه
بالارث لكان للدكر مثل خط الانثيين كما في سائر الموارث ولكن يجري فيه الخلاف والخلافه
انما يتحقق لمن يتحقق به النصره والنصره انما يكون بالابن دون الابنة الا ترى ان النساء
لا يدخلن في العاقلة عند تحمل الارش لعدم النصره منهن وعن شريح رحمه الله يورث
كالمال الموروث بطريق الفرض والتعصب وبه قال الشافعي رحمه الله وفائدة يظهر
ان ميراث المعتق بالولاء ولانه للدكر ان من آثار الملك فكانه ينزل بالمعتق بعض المالك
ويبقى بعضه ولكنه ضعيف لان النبي عليه السلام قال الولاء لحمة كحمة النسب ولان ثبوت
الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في المعتق ونفي مملوكية عنه فكيف يكون الولاء جزاء
من الملك كذا في المبسوط **قوله** حتى يرثه دون اخيه لما ذكرناه اي انه اقرب في العصوبة
الا ان جنابة المعتق على اخيه لان الميراث بالعصوبة والا بن اقرب العصبات فاما عاقلة
المعتق قبيلة مولاة واخوها من قبيلتها لانه من قوم ابها فاما ابنها ليس من قوم ابها **قوله**
لان الولاء للكبراي لا كبر اولاد المعتق والمراد اقربهم نسباً لا اكبرهم سناً كذا في المعرب * (فصل)

فصل في ولاء الموالاة

قال وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي ربح الموالاة ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح هذه الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث أحق بيت المال وإنما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة ومثل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محبته وصداقته وهذا يشير إلى العنق والارث

فصل في ولاء الموالاة

صورته أن يقول مجهول النسب الذي أسلم على يديه أو غيره وأنتك على أني أن مت فميراثي لك وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه يكون القابل مولى له يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى وله شرائط منها أن يكون من غير العرب لأن العربي له نصرة بنفسه أي قبيلته وذلك أكد من نصرة الموالاة ومنها أن لا يكون معتقاً ومنها أن يشترط الميراث والعقل ومنها أن يكون لم يعقل عنه غيره ومنها الإسلام على يده عند البعض والصحيح أن ذلك ليس بشرط *

قوله فميراثه للمولى أي للمولى الأعلى وإذا مات الأسفل والأعلى ميت فميراثه لأقرب الناس عصبة إلى الأعلى كما في ولاء العتاقة كذا في الذخيرة وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء أي ليس بشيء موجب للارث والعقل **قوله** ولنا قوله تعالى والذين عقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم يعني نصيبهم من الميراث والمراد عقد الموالاة بدليل ما سبق في وكل جعلنا موالين مما ترك الوالدان والأقربون كان المراد من ذلك بيان (النصيب)

(كتاب الولاء فصل في ولاء الموالاة)

في الحاليتين هاتين ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث يشاء والخير إلى بيت المال ضرورة
عدم المستحق لانه مستحق **قال** وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كانت عمه أو خالة
أو غيرهما من ذوي الأرحام لأن الموالاة عقد هما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد
من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون
أولاً من العرب لأن تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة *

قال وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره مالم يعقل عنه لانه عقد غير لازم
بمنزلة الوصية وكذا لا على أن يبرأ عن ولائه لعدم المزوم

النصيب على سبيل الاستحقاق ارتنا لا على سبيل القرينة والبر ابتداء فكذلك
الميراث بما جعله معطوفاً عليه لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس الميراث بقوله
عقدت أيمانكم القسم بل الميراث الصفقة فإن العادة أن المتعاقدين يأخذ كل واحد
منهما يمين صاحبه إذا عاودة ويسمى العقد صفقة لهذا وذكر في المبسوط البكري
أن الله تعالى جعل ولاء الموالاة سبباً للتوارث مطلقاً من غير فصل بين أن يكون للميت
وارث آخر أو لم يكن إلا أنه نسخ في حق من كان له وارث آخر بقوله تعالى وأولوا الأرحام
بعضهم أولى ببعض ولأننا نسخ في حق من لا وارث له فبقي داخل تحت ظاهر الآية *

قوله في الحالين هاتين أي في محبة عقلاني ومات ارتنا **قوله** ولا بد من شرط العقل
والإرث لأن عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكره ولو شرط الإرث من الجانبين كان
كذلك ويتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فإنه يورث الأعلى من الأسفل لأن سببه
الأحياء وإذا وجد من الأعلى في حق الأسفل لا من الأسفل في حق الأعلى وهنا السبب
هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط يثبت الحكم **قوله** لأن تناصرهم بالقبائل فإن قيل
أن التناصر حكمة وهي لا يراعي في كل فرد وإنما يراعي في الجنس كما في الاستبراء
فإن الحكمة فيه فراغ الرحم وانها يعتبر في الجملة لا في كل فرد حتى لا يجب الاستبراء (في)

(كتاب الولاء فضل في ولاء المولاة)

لانه يشترط في هذا ان يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد بخلاف ما اذا عقد
الامانة مع غيره بغير محض من الاول لانه فسخ حتمي بمضارة العزل المحكي في الوكالة *
قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه
تصبي به القاضي ولانه بمضارة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا
اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد *
قال وليس للمولى ان يوالي احدا لانه لا يملك ولا يملكه ولا يملكه الا بظهر الادنى *

في من اشترى من امرأة او اشترى املا صغيرة قلنا المتناصرة لانه لا حكمه فان قيل العلة
لا بد ان يكون موجودا او المتناصرة قد يوجد وقد لا يوجد قلنا المتناصرة يكون موجودا في حاله
تحقيقا او تقديره المتناصرة سببه *

قوله الا انه يشترط في هذا اي في فسخ عقد المولاة **قوله** كما في عزل الوكيل قصد
اي عزل الوكيل قصد الا يجوز بدون علمه ويجوز ضمنا فكذلك للمولى الاسفل ان يفسخ
الولاء بغير محض من الاول في ضمن عقد الولاء مع غيره ولكن ليس للاعلى والاسفل
ان يفسخ الولاء بغير محض من صاحبه قصد ان لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه
قصد ان قيل فلماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبا فسخ العقد الاول قلنا لان الولاء
كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا ينصور ثبوت من غيره فكذلك الولاء فعرفنا
ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول **قوله** وكذا لا يتحول ولده
اي لا يتحول ولده الى غيره بعد الكبر لان ولاء الاب تاكد بعقل الجنائذ وتأكد
التبع بتأكد الاصل فكذلك الاب ان يتحول عنه بعد ما عقل جنائذه فكذلك ليس لولده
اذا كبر والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله امرء بغيره فينتقي به رضا او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادروا السلطان وبغيره بيان عند تحقق القدرة والدي قاله ابو حنيفة ر ح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعته والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقيق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل *

كتاب الاكراه

هو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريد به والكراهة بالفتح اسم منه وفي الشرع اسم لفعل يفعله امرء بغيره فينتقي به رضا ثم يفسد به اختياره ان كان ملجبا والا لا يفسد ولا يزول به اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء تحقق الخطاب الا يرى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويا ثم مرة ويوجز اخرى وهو آية الخطاب وفي المبسوط ثم في الاكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما اكره عليه ومعنى فيما اكره به فالمعتبر في المكره تمكنه من ايقاع ما تهدد به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك فاكراهه هذيان وفي المكره ان يكون خائفا من نفسه من جهة المكره في ايقاع ما تهدد به عاجلا لانه لا يصير ملجأ محمولا طبعيا الا بذلك وفيما اكره به ان يكون متلفا او مرميا او متلفا عضوا او موجبا لما ينعدم الرضاء باعتبارها وفيما اكره عليه ان يكون المكره ممتعا عنه قبل الاكراه اما لحقه او لحق آدمي آخر او لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم (و)

(كتاب الاكراه)

قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او بواجب دارة فاكراه على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالخبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والا كراه بهذه الاشياء بعدم الرضاء فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضرب به لقوت الرضاء وكذا الاقرار حجة لترجح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رح لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك

والاصل ان تصرفات المكروه قولاً منه قديمة عندنا الا ان ما يحتمل النسخ منه كالبيع والاجازة يفسخ وما لا يحتمل النسخ منه كالطلاق والعقاق والنكاح والتدبير والاستيلاء فهو لازم فاذا عرف هذا فنقول اذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او بواجب دارة فاكراه على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالخبس اي المديد منه ففعل فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان الاكراه الملجبي وغير الملجبي يعدمان الرضاء والرضاء شرط صحة هذه العقود قال الله تعالى الا ان يكون تجارة عن تراض فان قيل الآية وان اثبت الحرمة بدون الرضاء لكن مطلق قوله تعالى احل الله البيع وحرم الربوا يوجب جواز البيع وان انعدم التراضي فلنا البيع لغة مبادئة المال بالمال بالتراضي والاصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة ولانه مخصوص فيخص بدون الرضاء فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند عدمه كما في قوله تعالى من فتيانكم المؤمنات فلنا اول الآية لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل واستثنى منه التجارة بالتراضي فيبقى غيره في صدر الكلام توضيحه ان المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف (ا)

(كتاب الأكره)

ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فثبت المالك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكره وعدم الرضاء فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه

التراضي وهو الكره وهذا نقوله عليه السلام لا تتبعوا الطعام بالطعام الاسواء بسواء وفي المهسوط والحد في الحبس الذي هو اكره ما يجيء الاغتنام اليين به وفي الضرب الذي هو اكره ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا ينتقص منه لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما رأى انه اكره ابطال الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس *

قوله ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من اهله لكونه مكلفا في محله اذا الكلام فيه والفساد لفقد شرطه وهو التراضي اذ تأثير فوات شرط الجواز في افساد العقد كما في الربو فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدم المساواة يفسد العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض فهذا مثله فان قيل لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب ان لا يعود جائزا في الاحوال كلها كما لو باع درهمين واشباهه قلنا بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على اجازة المالك له والبيع الفاسد من حيث انه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه فمن حيث انه يشبه البيع الموقوف ففي اي وقت اجازة المالك يعود جائزا ومن حيث انه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملا بالشبهين وانما عمادنا على هذا الوجه لانا متين اظهرنا شبه الموقوف في حق المالك ولم يوجد الملك بعد القبض لا يبقى لشبه الفاسد (عمل)

(كتاب الأكره)

ومن جعل البيع الجائر المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لغوت الرضاء ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشائخ سدر قندرح جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام على ما هو للمعتاد للحاجة اليه *

عمل فيتعطل العمل بالشبهين فان قيل بيع المكروه دون البيع بشرط الخيار فالبايع هناك رضي بالسبب دون وصفه وهو اللزوم وهذا البائع غير راض باصل السبب فلما البائع بشرط الخيار غير راض بالسبب في الحال لانه علقه بالشرط فلا يتم رضاه به قبل الشرط فكان اضعف من بيع المكروه لان المكروه راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا لانه عرف الشرين واختارا هونهما فكان قاصدا مختارا لكن لا عينه بل لدفع الشر عن نفسه *

قوله ومن جعل البيع الجائر المعتاد اي بسم قندروناحيها يريد بيع الوفاء وهو ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا بمالك علي من الدين علي اني متى قضيت الدين فهو لي **قوله** ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لان المتعاقدين وان سميا ببيع او كن غرضهما الرهن والعبرة في العقود للمعاني فالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة وهبة الحرية نفسها مع تسمية المهر نكاح والاعارة باجرا جارة ولما كان هذا كالرهن في يد المرتهن لا يملك المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكة وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين سابق بهلاكه في يده اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك من غير صنعه والبايع استرداده اذا قضى دينه لافرق بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام وكان السيد الامام ابو شجاع علي هذا واوصى بنيه عند موته بهذا وحين قدم القاضي الامام علي السفدي رح من بخارا بسم قند فاستفتى بهذا فكتب انه رهن وليس ببيع ففرح السيد الامام بموافقة فتواه وكان لا يخالفهم في زمانهم البعض الشاب وكان ضعيفا وسئل القاضي الامام الحسن الماتريدي رح عن باع ذارة من آخر ثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضائم استاجرهما من المشتري مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزم (الاجرة)

قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لاعلى الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكراه على الهبة وام يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكراهة الاستحقاق لا مجرد النطق وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع *

الاجرة فقال لا لانه عند نارهن والراهن اذا استأجر من المرتهن لا يجب عليه الا جريهذه الاجازة فكذا هذا ثم ممن يجعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكراهة البصر والشهيد تاج الاسلام والامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين رحمهم الله لان الفساد باعتبار فوت الرضاء فصارت بيع المكراهة ومن جعله باطلا يعتبره بالهازل ونم انما تبواضا على الهزل باصله ثم اتفقا على البناء فان البيع منعقد لان الهازل مختار راض مباشرة السبب لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مويدا وانعقد العقد فاسد اغير موجب للملك كخيار المتبايعين ابدى ومشائخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع دون المبيع وهو البيع لحاجة الناس اليه وفي الكافي للنسفي والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظة البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرنا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرنا البيع من غير شرط ثم ذكرنا الشرط على وجه الميعاد جازا لبيع ويلزم الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس *

قوله وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل يريد به ان الاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض او الاجازة من العوارض فلم يكن الاكراه على البيع اكراهاعلى الدفع فكان الدفع عن اختيار منه وذادليل الاجازة اما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على الهبة اكراهاعلى الدفع نظرا الى مقصود المكراهة وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك لئلا يضر ربه لاصورة العقد (قوله)

(كتاب الاكراه فصل - نبيل)

ويروى فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا يأنم عليه الحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئناً بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى **إِلَّا مَنْ أَكْثَرَهُ قَلْبُهُ مَطْمَئِنٌّ** بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه المبل اليه **قال** فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ما جور الان خبيار رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو غيبي في الجنة ولان الحرمة باقية والاعتناع لا عوار الدين عزيزة

غير متجانب لانهم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصحة انها ميتة او خمر وبالضرورة لا يزول ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يأنم بالعزيمة وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا يتناول حالة الضرورة لانها مستتناة بقوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فاما ان يقال يصير الكلام عبارة غدا وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة او يقال الاستثناء من التحريم اباحة واذا ثبت الاباحة في حالة الضرورة لم يكن رخصة وكان امتناعه من تناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فيأثم الا انه انما يأنم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد فتعذر بالجهل كالجهل بالخطاب في اول الاسلام اودار الحرب *

قوله ويروى من الثورية وهو ان يظهر خلاف ما يضمن **قوله** الحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به روى ان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى سب رسول الله صلعم وذكر آلهم بخير ثم تركوه فلما اتى رسول الله صلعم قال ما وراك قال شر ما تركوني حتى نبليت منك وذكرت آلهم بخير فقال كيف تجد قلبك قال اجده مطمئناً بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النبيل مني وذكر آلهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله عليه السلام انه يأمر احدا بالنكلم بكلمة الشرك **قوله** لان خبيار رضي الله عنه صبر على ذلك وقصته ان المشركين اخذوه وباعوه من اهل مكة فجعلوا (يعا)

(كتاب الإكراه فتنه ل)

بخلاف ما تقدم للاستثناء **قال** وان اكراه على اتلاف مال مسلم باعتر بخاف منه على نفسه او على
عضو من اعضائه وسعته ان يفعل وذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخصصة وقد
تحققت واصحاب المال ان يضمن المكرة لان المكرة آله للمكرة فيما يصلح آله له والاتلاف من ذلك
القبيل وان اكراه بقتل على قتل غيره لم يسعده ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثماً لان
قتل المسلم مما لا يستباح اضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والقصاص على المكرة ان كان القتل عمداً
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رزح وقال رفرزح يجب على المكرة وقال ابو يوسف
رح لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما ان يهرزح ان الفعل من المكرة حقيقة وحسا

يعاقبونه على ان يذكر آلهتهم بخير ويسب محمداً عليه السلام وهو يسب آلهتهم ويذكر
محمداً عليه السلام بخير فاجمعوا على قتله فلما اتقن انهم قاتلوه سألهم ان يدعوه ليصلي
ركعتين فاجزصلاته وقال انما اوتخزيت لئلا تظنوا اني اباخاف القتل ثم سألهم
ان يلقوه على وجهه ليعكون ساجداً حتى يقتلوه فابوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء
وقال اللهم اني لا اري ههنا الا وجهه عدوفاقراً رسول الله عليه السلام مني السلام ثم
قال اللهم احص هؤلاء عدداوا جعلهم مددا ولا تبق منهم احداً ثم انشأ يقول (شعر)
* ولست ابا لي حين اقتل مسلماً * * على اي جنب كان لله مصرع *
فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وسماه رسول الله عليه السلام افضل الشهداء وقال هو
رفيقي في الجنة فهذا مبني على ان الامتناع افضل *

قوله بخلاف ما تقدم للاستثناء يعني قوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ** الآية وما لكم
ان لا تأكلوا الآية اي واي شيء عرض لكم في ان لا تأكلوا وقد فصل لكم ما حرم عليكم
مما لم يحرم بقوله قل لا اجد فيما اوحى الي محرماً الآية وقوله حرمت عليكم الميتة
والدم اقوى وقد فصل لكم ما حرم عليكم على بناء الفاعل وهو الله عز وجل
الاما اضطررتم اليه مما حرم عليكم فانه حلال لكم في حال الضرورة لان (الاستثناء)

(كتاب الاكراه فصل ثلث)

وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رح في جانب المكروه ويوجب على المكروه ايضا الوجود التسبب الى القتل منه والتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود التصاص ولا يبي يوسف رح ان القتل بقي منصورا على المكروه من وجه نظرا الى التائيم واضيف الى المكروه من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوة فيصير آلة للمكروه فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه

الاستثناء من التحريم اباحة وامتناعه من تناول حتى يتلف كما امتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فيكون آثما فان قيل كما استثنى حالة الضرورة في المبيته استثنى حالة الاكراه هنا قلنا ثم استثنى من الحرمة فكان اباحة لا رخصة وهنا من الغضب فينتفى الغضب في المستثنى ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر في الكشف من كفر بالله شرط مبتدأ وجوابه محذوف لان جواب شرح دال عليه كانه قيل من كفر بالله فعليه غضب الامن اكراهه فليس عليه غضب ولكن من شرح بالكفر صدر فعليهم غضب من الله *

قوله وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم اي انه ياتم اثم القتل واثم القتل على من باشر القتل وقد تحقق الفعل منه حقيقة وحسب اذا تحقق منه الفعل يؤخذ بفعله الا اذا سقط حكم فعله واضيف الى غيره شرعا كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وهنا لم يسقط فيتقرر عليه **قوله** والتسبب في هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما في حد قطاع الطريق يجب على الردء الولاء بالتسبب وكما في شهود التصاص عنده فان الشاهد ين لو شهدا على رجل بالقتل العمد نص المشهود عليه ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده **قوله** نظرا الى الحمل اي ان اراه **قوله** ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوة فيصير آلة للمكروه وذلك لان آلة هي التي تعمل بطبعها (كالسيف)

(كتاب الاكراه فصل)

ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكرة في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا **قال** وان اكراه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق **قال** ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريم الى الحرية او لتعلق حق الغير

كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالشارفان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك ففي الجري عليه بموجب الطبع مشابهة بالآلة واستعمل القاتل آله التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذلك يجب القصاص على المكرة ههنا لكون المكرة آله *

قوله ولا يصلح آله في الجنابة على دينه لانه اكرهه على ان يجني على دينه ولو انتقل ذلك الى المكرة لتحقق خلاف المكرة وبطلان الاكراه وعود الفعل الى المحل الاول **قوله** كذا يقول في الاكراه على الاعتاق يعني الاعتاق مقصور على المكرة من حيث التلظيه وحصول العتق في المحل حتى كان الولاء له لانه لم يصلح آله للمكرة بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالية يضاف الى المكرة حتى يكون ضامنا للمالية وكذا اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكرة من حيث الاتلاف حتى يكون ضامنا ولا يقتصر على المجوسي في حق الذكوة حتى يحرم الذبيحة لانه صلح آله للمشير في حق الاتلاف دون الذكوة لان الحرمة يحتمل فيها **قوله** لان السعاية انما يجب للتخريم الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة رح فان المستسعي كالمكاتب عنده وتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان عندهما انما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق هنا لغير المعتق ولا نظيره في الشرع وقوله لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض بعتق عبده (و)

(كتاب الاكراه فصل ل)

ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكراه على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه *
قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع
على المكراه بما انزعه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها
وانما يتأكد بالطلاق بكان اتلاف للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكراه من حيث انه اتلاف بخلاف
ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق
ففعّل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه موثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة
وعليه دين فهناك يجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر
فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهاين *

قوله ولم يوجد واحد منهما ولا يلزم على قولهما اعتاق السفينة المحجور حيث يعتق ويجب
السعاية على العبد لانه تعلق به حق المحجور نظر الله ولا يستوفي حقه من محل آخر بخلاف
المكراه فانه غير محجور **قوله** بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تأكد بالدخول اي
لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا يضمن بالمال لانه لا مماثلة
بين ما هو مال وما ليس بمال متقوم وتقومه عند التملك بالنكاح لاظهار خطر المهور وهذا
الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه الا ترى ان ازالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح
فلا حاجة الى اظهار الخطر عند اتلاف الملك فلهذا لا يضمن المتلف شيئا ولهذا لا يوجب
على شاهدى الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على المرأة اذا ارتدت بعد
الدخول ولا على القاتل لمنكوحه الغير **قوله** ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعّل
الوكيل جاز استحسانا ونفذ تصرف الوكيل والقياس ان لا يصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل
ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه لانهما
ينفيان الرضا والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب
فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات اذا موكل يسقط حقه
بالتفويض اليه فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل *

(قوله)

(كتاب الاكراه فصل)

ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعملان فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ والرجعة والايلاء والفني فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبها طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكبرها على الخلع ونها لزمه البذل لرغبتها بالالتزام **قال** وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود

قوله ويرجع على المكره استحسانا اي يرجع المبكره بنصف المهر وقيمة العبد على المكره استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك لا يثبت به اذا الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الاتلاف اليه كما اذا شهد شاهدان ان فلانا وكل بعثت عبده فاعتقه ثم رجعا فانهما لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه حتى لو اكرهه بوعبه تلف على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجاما شيئا يتقرب به الى الله تعالى ففعل في لزمه ذلك وكذا ان اكرهه على اليمين بشيء من ذلك او بغيره لان النذر مما لا يلحقه الفسخ لانه يمين لقوله عليه السلام النذر يمين وهي مما لا يحتمل الفسخ ومالا يؤثر فيه النسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان اثر الاكراه في فوات الرضا واثرة في عدم اللزوم واثرة في حق الفسخ مما لا يحتمل الفسخ لا يتأتى فيه اثر الاكراه فلا يؤثر فيه الاكراه **قوله** لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطلب به فيها وذلك لانه اوجب عليه حكما يطالب به في الآخرة ولا يظهر اثره في الدنيا من حيث الالتزام فلما اوجبنا عليه الضمان لاخذة الحاكم وحسبه فيه فيكون زائدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز **قوله** الا ان يكرهه السلطان اي حينئذ لا حد (على)

(كتاب الاكراه فصل)

قال وإذا اكره على الردة لم تبين امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللغز غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه ما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلم ولا يعاين وهذا بان الحكم ما يميز بين المدعى الى اذالم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم بسلامه ثم رجع لم يتبدل لتتمكن الشبهة وهي دائنة للتأمل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانك منه حكما لا ديانا لانه اقرانه طائع باتيان ما لم يذكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر بيالى الخبر عما مضى بانك ديانا وقضاء لانه اقرانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخالفة غيره

على المكروه اذا زنى وهذا الذي ذكره قوله الآخر وما في قوله الاول يجب الحد على المكروه اذا زنى وان كان المكروه سلطانا وهو قول زفر راجع و قال الاحد عليه اذا كان المكروه سلطانا *
قوله والقول قوله استحسانا قيد به لان في القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البيئونة كلفظ الطلاق ويستري في ذلك الطائع والمكروه ووجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما يقع الفرقة باعتبار تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تبدل الاعتقاد فلا يقع الفرقة **قوله** ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت على امر ماض ولم اكن فعلت بانك منه حكما لا ديانا لانه اقرانه طائع باتيان ما لم يذكره عليه لانه اكره على انشاء الكفر والاخبار غير الانشاء وهو طائع فيه ومن اقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال صنيت به كذبا لا بصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر وبصدق فيما بينه وبين ربه لانه نوى ما يحتمل لفظه **قوله** وحكم هذا الطائع ما ذكرنا اشارة الى قوله بانك منه حكما لا ديانا **قوله** ولو قال اردت ما طلب مني امي الانشاء وقد خطر بيالى الخبر عن ماض بانك منه ديانا (قضاء)

(كتاب الاكراه فصل)

وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نوبت به الصلوة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه السلام بانته منه قضاء لاديانته ولو صلى الصليب وسب محمد النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانته منه قضاء لما صر وقد بررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله اعلم *

وقضاء لانه بعد ما خطر بباله قد تمكن من الخروج مما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فاذا لم يفعل ذلك وانشاء الكفر كان بمنزلة من اجراً كلمة الشرك طائعا وذلك لانه لما خطر بباله الاخبار بالمكفر كان بايمكته التخلص عما اكره عليه باقل مما اكره عليه وهو الاخبار عن الكفر في الماضي كان بادون الانشاء لان الانشاء كفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى والاخبار عن الكفر كان في الماضي كفر في القضاء واما في ما بينه وبين ربه فليس بكفر ومتى امكن للمكره دفع ما اكرهه عليه باقل مما اكره عليه فان باقى الزيادة يجعل طائعا في الزيادة لانه لا حاجة الى الزيادة فقد انشأ كفرا طائعا فيحكم بكفره في القضاء وفيما بينه وبين ربه بخلاف ما اذا لم يخطر بباله الاخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب لان هناك لا يمكن دفع الاكراه الا بعين ما اكرهه عليه ويجعل مكرها والمكره على انشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه وهو الوجه الثالث وهو ان يقول لم يخطر بباله شيء لكن كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالايمان فلا تبين منه امرأته استحسانا لانه لم يخطر بباله سوى ما اكره عليه فكانت الضرورة متحققة ومع تحقق الضرورة يرخص له في اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايمان *

قوله وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب اي على السجدة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نوبت به الصلوة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي بانته منه قضاء لاديانته ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانته ديانته وقضاء لانه يمكن دفع ما اكره عن نفسه لانه لما خطر بباله مشتم محمد غير النبي قد وجد مخرجا مما ابتلي به ثم لما ترك ما خطر على باله وشتم محمد النبي عليه السلام (كان كافرا)

(كتاب الحجر) كتاب الحجر

قال الاسباب الموحدة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن
وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير
فلنقصان عقله غير ان اذن الوالي آية اهليته والرق لرعايته حق المولى كيلا يتعطل منافع
عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حنته والجنون لا تجامعه
الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا امتنع الفرق *

كان كافرا وان وافق المكره فيما اكرهه لانه وافقه بعد ما وجد المخرج عما ابتلي به فكان غير مضطور
في موافقته ومن شتم محمدا النبي من غير اضطراب كان كافرا قال في المبسوط وهذه المسئلة
تدل على ان السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب
اوسب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبس منكوحته لا قضاء ولا ديانة لانه فعل مكره
لانه تعين ما اكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذ لم يخطر بباله غيره *

كتاب الحجر

هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع
من القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل وفي الشرع منع
عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون فالله تعالى خلق الورى على تفاوت بينهم في الحجى
فجعل بعضهم ذوى النهى ومنه اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى
ببعض اسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص
العقل والصبي فانبت الحجر على هؤلاء نظرا فلا يجوز تصرف الصغير اي لا ينفذ *
قوله ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب اي الذي لا يفيق اصلا **قوله** بحال اي في جميع
الاحوال **قوله** كيلا يتعطل منافع عبده يعني لو لم يثبت الحجر انفذ البيع الذي باشره وكذا
الشراء فيلحقه ديون فيأخذ ارباب الديون اكسابه وهي منفعة المولى فيتعطل منفعه (قوله)

قال

ومن باع من هؤلاء شيئاً واشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخت لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحرى مصلحتهم فيه ولا بد ان يعقلا البيع لوجود ركن العقد فينقصد موقوفاً على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشرة انعم اذا وجد نفاذ عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذ لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه **قال** وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال

لانعدام مردلها وحدها حساً ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع **قوله** ومن باع من هؤلاء شيئاً واشترى وهو يعقل البيع ويقصده المراد بهؤلاء الصبي والعبد

والمجنون الذي يحسن ويفيق وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره وهو قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة لا الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم الانعقاد وبقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سائب للمبيع والشراء بعكسه وبقوله ويقصده ان يقصد اثبات الحكم وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حذمه وهذا لان التوقف في تصرف العبد لحق المولى وفي الصبي والمجنون لحقهما فيتحرى المصلحة في تصرف هؤلاء ولا بد ان يعقلا البيع ليتحقق ركن البيع فينقصد موقوفاً على الاجازة فان قيل التوقف يستقيم في البيع اما الشراء فلا يتوقف بل ينفذ على المباشرة قلنا الشراء اذا وجد نفاذ على المباشرة ينفذ عليه كالفضولي اذا اشترى مال انسان لاخر فانه ينفذ عليه ولا يتوقف اما اذا لم يجد نفاذ لعدم الاهلية كما في الصبي والمجنون او لضرر المولى كما في العبد فيتوقف

قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء واجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تمحض ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه

يمكنه الطلاق **قوله** لا مردلها لوجودها حساً ومشاهدة فانه اذا قتلنا او قطع يده او اراق (شيئاً)

(كتاب الحجر)

والتقصير من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرج بالشبهات كالحدود والتقصير فيجعل
عدم التقصير في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما
ولا اقرارهما لما يبدوا ولا يقع طلائهما ولا اعترافهما بقوله عليه السلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي
والمعتوه والاعتق يتمخص مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة
ولا وقوف للرأي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته
ولا ينفذان بمباشرة بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف
عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على التقصير كالذي يتلف بانتلاب الثائم عليه

شيئا لا يمكن ان يجعل القتل والتمتع والاراقة كعدم لانه يودى الى ان لا يكون المقتول
والمتطوع والمراق مقتولا ومتطوعا ومراقا وهو خول في السوفسطائية وانكار الحقائق
بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع اما الانشآت فظاهرا اذا التطبيق والاعتاق والبيع
والهبة ونحوه لا يوثق في المحل حيا وانما صار المحل محررا او مملوكا بالشرع واما
الاخبارات كالاقرار والشهادات فموجبها عرفت شرعا لانها دلالات على المخبر منه
فيجوز ان لا يتبع دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها *

قوله والتقصير من شرطه اي التقصير شرط اعتبارها موجودة اذ الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورة
ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالتقصير وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون
لهما قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فالثائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه يضمن
وان عدم التقصير الا اذا كان التقصير فعلا يتعلق به حكم يستط بالشبهات كالحدود والتقصير
فيجعل عدم التقصير في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا
والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والتقصير بالتقصير **قوله** الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم
يندرج بالشبهات استثناء من قوله لانه لا مرد لها **قوله** ولا وقوف للرأي على عدم التوافق
على اعتبار بلوغه حد الشهوة اي لا وقوف للرأي على مصلحة الطلاق لان ذا يعتمد العلم

(كتاب النجبر)

والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه **قال** فامّا العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجنابته لان نفاذه لا يعري من تعلق الدين بربقته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله **قال** فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقي على اصل الحرية في حق المولى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا وتقول له عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلاً وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تقويت منفعه فينفذ والله اعلم بالصواب *

العلم بتبائن اخلاقيهما وتنافرهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للمولى بذلك بخلاف سائر العقود لا مكان وقوفه على المصلحة *

قوله والحائط المائل بعد الاشهاد الحائط اذا ائلف به شيء يضمن صاحب الحائط وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه **قوله** بخلاف القولي على ما بيناه اي من ان القصد من شرطه **قوله** لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم لان الحدود والقصاص من خواص الامة وهو ليس بمملوك من حيث اندامه وان كان مملوكاً من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما فاذا بقي على اصل الحرية فيهما ينفذ اقراره فيهما لانه اقرب ما هو حقه وبطلان حق المولى ضمنى فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا لما بقي على اصل الحرية فيهما يكون هذا اقراراً بحر لا اقراراً بالعبد ولان قوله تعالى بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص عنه الاقرار بالمال لان النص لم يتناول اقراره بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه فان قيل يحمل النص على الحر دفعاً للتعارض قلنا يحمل الاثر على غير هذه الصورة دفعاً للتعارض **قوله** وينفذ طلاقه لما روينا اراد به ما ذكره قيل هذا وهو كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والله اعلم بالصواب *

(باب)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبدرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبدر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولا يبي حنيفة رحمه الله

باب الحجر للفساد

اعلم ان الحجر عند ابي حنيفة رحمه الله على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعي رحمه الله يجوز بالكل وانما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا يصح مع الهزل والاكره كالبيع والاجارة والهبة والصدقة وما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجماعا وكذا الاسباب الموجبة للمعتوبة كالحودود والتصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف بتصرفات لا لغرض او لغرض لا بعدة العقل من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين والملاعبين وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارة من غير محمدة واصل المسامحة في التصرفات والبر والاحسان مشروع الا ان الاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا * قوله يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة بان يحرق ماله او يلقيه في البحر وما اشبه ذلك قوله ولهذا منع عنه المال اجمعوا على انه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغ لا يمنع منه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ما دام المنع مادام السفه * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطيب الجاهل والمفتي الما جن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه ان هود دفع ضررا الاعلى بالادنى

قوله لانه مخاطب في هذا الوصف اشارة الى اهلية التصرف لان التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جريا على موجب التكليف والاستيفاء انما يكون بالوصول الى الاموال وذلك بالتملك والتملك يثبت اهلية التمييز والشرع جعل الرشدين سبيل من التصرفات تمليكا وتملكا لهذا المعنى وانه موجود في حق السفه لانه مكلف عاقل كالرشد فكان بسبيل منه **قوله** فلا يتحمل الاعلى اني الحجر لدفع الادنى وهو التبذير وهذا لان نعمة المال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة اصلية لان آدمي انما فارقه سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات **قوله** كالحجر على المتطيب الجاهل فانه يسقى الناس في امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك او لا يعلم **قوله** والمتن الما جن الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له ومصدره المحجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طاب كذا في المغرب وفي الذخيرة المفتي الما جن هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة بان يعلم المرأة حتى ترد فتبين من زوجها ويعلم الرجل ان يرتد فيسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حلالا او يحل حراما فضرر هذا متعدد التي العامة **قوله** والمكاري المفلس هو الذي يتقبل الكرا ويو ا ج را لابل وليس له ابل ولا غيرها يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويتصرف هو ما اخذ منهم في حاجته واذا جاء او ان الخروج يخفي هو نفسه فيذهب اموال الناس وربما يصير ذلك سببا لتقاعد هم عن الخروج الى الحج والغزو وفساد هذا الشخص متعدد ايضا والحق الضرر الخاص لدفع ضرر العام جائزا ما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعدد بل يقتصر عليه فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء فجواز الحجر (في)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز
عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظره الشرع مرة باعطاء آية القدرة والجري على خلافه
اسم اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد
قال واذا حجر القاضي عليه ثم رفع اليه قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز
لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المتضي له والمقضي عليه

في حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر في المختلف فيه فان قيل جعل الله تعالى السفيه
ولما قوله تعالى فليملل وليه بالعدل فلما السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من اهل الثاويل *
قوله ولا يصح القياس على منع المال هذا جواب عن قولهما ولهذا منع عند المال اي اذا بلغ
سفيهها يمنع عند المال بالاتفاق **قوله** لان الحجر ابلغ منه في العقوبة اي لان الحجر عن التصرف
ابغ من منع المال من يد في العقوبات لان نعمة اليد على المال نعمة زائدة واطلاق اللسان واعتبار
البيان نعمة اصلية فبيان جواز الحاق ضرر يسير وهو المنع عن المال بتقويت نعمة زائدة لا يستدل على
جواز الحاق الضرر العظيم به بتقويت النعمة الاصلية **قوله** لانه عاجز عن النظر لنفسه يعني ان الصبي
ما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة اليه صيرورة الغير وليا له فيصير الصبي موليا عليه
والمولى عليه لا يلي التصرف اما السفيه فتقدر على النظر لنفسه اذ طي له آية القدرة من العقل
والبلوغ وان كان يعدل عن سنن العقل **قوله** ومنع المال مفيد هذا جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد
قوله لان الحجر منه فتوى هذا جواب عما يقال تصرف المحجور بالسفه بحكم القاضي ينبغي
ان لا ينفذ اصلا عند ابي حنيفة ر ح ولا يكون لقاض آخر ان يبطل الحجر لان القضاء الاول
لا يلقى محال الاجتهاد فلا يقبل النقض لما عرف فاجاب ان القضاء منه يكون فتوى وليس
بقضاء وهو على قول محمد ر ح ظاهر لانه كان محجورا قبل قضائه حتى كان مفسدا لماله وعند
ابي يوسف ر ح وان كان يحتاج فيه الي حكم الحاكم لكن هذا قضاء من وجه لانه يثبت بقضائه
ما لم يكن ثابتا ولو كنه فتوى من وجه لانه لم يوجد شرائط القضاء وهو المقضي له والمقضي عليه (و)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحارم الى غير فقضى ببطالان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة ربح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه وان بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقال لا يدفع اليه ماله ابد حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفة فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان منع المالك عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهراً وغالباً الا ترى انه قد يصير جداً في هذا السن فلا فائدة للمنع فنترم الدفع والدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بان تصرف بعد الحجر فرفع الى قاض وجرت الخصومة بينه وبين عاقدة فقضى القاضي عليه بابطال التصرف وصح الحجر فانه يصير متفقاً عليه فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ونظيره القاضي اذا قضى بجواز بيع ام الولد قبل وجود الخصومة في ذلك لا يصير متفقاً عليه لانه فترى وبعد الخصومة صار متفقاً عليه *

قوله ولو كان قضاء يعني ولئن سلمنا ان حجر القاضي قضاء بأن يجعل السفينة مقضياً له من حيث ان الحجر ما ثبت الا نظر الله والقضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقضياً عليه فاذا وجد المتضي له والمتضي عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء ولكن نفس القضاء مختلف فيه وقضاء القاضي بالمختلف انما يرفع الخلاف اذا لم يكن نفس القضاء مختلفاً فلا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء .
قوله ولا يبي حنيفة ربح ان منع المالك عنه بطريق التاديب يعني ان منع المالك عنه بطريق مشائخنا ثابت بطريق العقوبة عليه ليكون زجره عن التذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول في التصرفات بمعنى حكمي والعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود ولا يدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم حده عند نالنا نقول انما كان كذلك لكونه تابعاً لما هو حسي وهو اقامة الحد لا مقصوداً بنفسه **قوله** الا ترى انه يصير جداً في هذا السن وذلك لان ادنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ابن لسته اشهر (لان)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولان المنع باعتبار اثر الصباء وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة ربح لو بلغ رشدا ثم صار سبيا لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصباء في الآية اتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعند هذا ما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفير الفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازة الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا لم يتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعتل البيع ويتصده ولو باع قبل حجر القاضي جار عند ابي يوسف ربح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائري بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد ربح لا يجوز

لان اقل مدة الحمل سنة اشهر ثم يبلغ ابنه باثني عشرة سنة ثم يولد له ابن لسنة اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولو فوضا مقام الابن البنت تصير جدة في اثنتين وعشرين سنة لان ادنى مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والاناث ولما صار جدا صار فرعه اصلا فكان الجد متناهما في الاعماله فاذا لم يونس رشده في سن تهايت اصلته عرفنا انه انقطع رجاء التأديب منه فلا معنى لمع المال عنه بعد ذلك اذ المنع كان للتأديب وهو لم يبق محلا للتأديب في حق ماله *

قوله ولان المنع باعتبار اثر الصباء وهو في اوائل البلوغ لان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصباء وبقاء اثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر الصباء وحدث ضرب من الرشد لا مجال له لانه حال كمال له فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين وقال اهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين فقد بلغ رشده ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمانى عشرة سنة فقد زامدة القرب منه بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله مروا صبياناكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا **قوله** دائري بين الضرر والنظر لانه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقي ملكه كما كان ففي ابقاء الملك له نظروا في اهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يرجح احد الجانبين منه لا بقضاء القاضي توضيحه ان السفه ليس بشيء محسوس (و)

(كتاب الحجج باب الحجج للفساد)

لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصباء وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبده فقد عتقه عندهما وعند الشافعي ر ج لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجج وما لا فلا لان السفه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقل لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا لتقصان في عقله فكذلك السفه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجج بسبب السفه بمنزلة الحجج بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرفوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيده لان الحجج لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجج على المريض وعن محمد ر ج انه لا يجب السبعية لانها لو وجبت انما تجب حق المنة والسعاية معا عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق واود برعبده جازلانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته

وانما يستدل به بان يغيب في التصرفات وقد يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهدين فان اكان محتملا مترددا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي *

قوله لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه والفرق لمحمد ر ج بين حجر السفه حيث لا يتوقف على القضاء وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو ان حجر السفه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فاشبه الجنون ونم يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا ههنا واما الحجج بسبب الدين ليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لان له ولاية عليه فيعمل حجة فاما الغريم فلا ولاية له فلا يجوز حجة **قوله** لان السفه في معنى الهازل فان قيل ان السفه لما كان بمنزلة الهازل والهازل اذا اعتق عبده لا يجب السعاية على العبد فينبغي ان يكون السفه كذلك قلنا الحجج على السفه النظر والنظر في السعاية ولا كذلك الهازل لانه ليس بمحجور **قوله** والاصل عنده اي عند الشافعي ر ج ان الحجج بسبب السفه بمنزلة الحجج بسبب الرق حتى لا ينفذ (بعد)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

الا انه لا يجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يرأس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتيق بدوته وهو مدبر نصار كما اذا اعتقه بعد التديير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرار الجارية ام ولد له لانه محتاج الي ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصالح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات شعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى وادجاريته فهو على هذا التفصيل *

قال وان تزوج امرأة جارية فكذلك لا يورثه في الهزل ولانه من حواشي الجداصلية وان سبها لها مهر ارجان من مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح ويحل الفصل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا يظلم فيه فلم تصح الزيادة نصار كما لمريض مريض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة أي مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج بربع نسوة بعد الحجر شيء من تصرفاته الا المذوق كما يروق بوجهه ان اسفلا يزيل الخطاب ولا يخرج منه من ان يكون اهلا لالتزامه العقوبة باللسان باكتساب سببها او بالاقرار بها بمنزلة الرق فكما ان بالرق لا ينفذ شيء من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه قلنا لا يجوز ان يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك حجر لحق الغير في المحل الذي يلاقيه حتى ان فيما لاحق للغير فيه يكون نافذا كاقتراره بالحد والتصاص *

قوله الا انه لا يجب السعاية مستثنى من قوله فيعتبر بحقيقته اي بحقيقة اعتاق المحجور بسبب السفه يجب السعاية ولا يجب السعاية على مدبرة في التديير مادام المولى حيا لانه بعد صحة التديير مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التديير عليه لانه لما بقي على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه دينا تعذرا ايجاب نقصان التديير عليه الا ترى انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صم التديير ولا يجب المال **قوله** ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل المريض المديون اذا ادعى ولد جاريته اي قال لامته هذه ام ولدي ان كان معها واد لا تسعي في قيمتها للغرماء وان لم يكن معها سعت (في)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

اوكل يوم واحدة لما بينا **قال** ويخرج الزكوة من مال السفيد لانها واجبة عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والاتفاق على ذي الرحم واجب عليه حق القرابة والسفد لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيت لكونها عبادة لكن يبعث مينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بيمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو فتحنا هذا الباب يذرماله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله **قال** فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها اليه ثمة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه في جميع قيمتها للغرماء وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير كذلك في دفع حكم التحجير عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها هنا فاقرارها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك ويسعى في قيمتها بعد موته كمالواعتها *

قوله اوكل يوم واحدة يعني لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مرارا من غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه من ضرورات الكاح وبهذه المسئلة احتج ابو حنيفة ر ح انه لا فائدة في الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه فانه يتلف ماله بهذا الطريق بان يتزوج كل يوم امرأة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فتأخذ امرأة منه ذلك المقدار جبرا فيتلف ماله بهذا الطريق اذا عجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة بل هذا اضربه من اتلاف ماله بطريق الهبة ان هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمخدمة في التزوج والطلاق **قال** عليه السلام لعن الله كل ذواق بطلاق **قوله** بل يكفر بيمينه وظهاره بالصوم لان يده مقصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المتقطع عن ماله وبمنزلة من يكون له دين على انسان او غصب غاصب من يده وهو ما كان يعطيه فله ان يكفر بالصوم * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لا خلافا للعلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزورا وبقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثة لان نظره فيه اذهى حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوبا وقد ذكرنا من التقرعات اكثر من هذا في كفاية المنهي **قال** ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لما له عندنا والغسق الاصلي والمطارى سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجراله وعقوبة عليه كما في السفينة ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان استم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم الآية وقد اونس منه نوع رشدا فتناولته النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهوان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له *

قوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا في القياس لا يعطي له نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع فصار كما لو اراد الخروج للحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا في فرضية العمرة فلا يمنع منها احتياطا **قوله** ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف القارن يلزمه هدي ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه افضل وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول لا يجزيه الا بدنة وهي بقرة او جزور فهو اذا ساق البدنة فقد قصد به التحرز عن موضع الخلاف واخذ بالاحتياط في امر الدين واراد ان فعله اقرب الى فعل رسول الله عليه السلام فلا يمنع عنه **قوله** وقد اونس منه نوع رشدا وهو الاصلاح في المال فتناولته النكرة المطلقة وهي في قوله تعالى وان استم منهم رشدا والنكرة في موضع الانبات يخص واذا وجد رشدا فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه ولان الرشدا في المال مراد اجماعا فلا يكون الرشدا في الدين مرادا كيلا يعيم النكرة المطلقة ولان الدفع معلق بانباس رشدا واحدا لانه نكرة في موضع الانبات فلا يكون الرشدا في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين **قوله** بسبب الغفلة وهوان يغبن في التجارات فان قيل ينبغي (ان)

(كتاب الحجر ٠٠ باب الحجر للنسأد ... فصل في حد البلوغ)

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقيل ارح اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن فى التاسع عشر سنة ويتم له ثمانية عشر سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين واما السن فلمهم العادة الغاشية فى ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشر سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعدا القتي وهذا اقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاثنا عشر شهرا وادراكهن اسرع فتقصنا فى حقهن سنة

ان لا يحجرا لان النبي صلى الله عليه وسلم ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغيب فى التجارات فلما لما الحق المغنل فى التجارة بالسفيه بدلالة النص اذ الحكم فى السفيه ثابت بالنص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالهم لم يعارضه خبر الواحد والله اعلم بالصواب *

فصل فى حد البلوغ

قوله وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد باغا وفى الكافي للعلامة النسفي والسن الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهيا اليه خمس عشرة سنة عند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله وهو رواية عن ابي حنيفة رح وعليه الفتوى **قوله** وهذا اقل ما قيل فيه اي فى الرشد وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة **قوله** فبنى الحكم عليه للتيقن (به)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة **قال** واذا راق الغلام
والجارية الحلم واشكل امرهم في البلوغ يقال قد بلغت فالقول قولهم وحكامه احكام البالغين لانه لا يعرف
الا من جهتهم ما ظهر اذ اخبر به ولم يكذبهما الظاهر قبل فوالهم ما فيه كما يقبل قول المرأة في الحوض *

باب الحجر بسبب الدين

قال اودعته راح الحجر في الدين واذا وجبت دين على رجل وطلب غرامة حبسه والحجر
عليه حجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم ينصرف
فيه الحاكم لانه نوع حجر ولا نه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسها بد احتى
بيعه في دينه اذ الحق الغرماء ودفعنا اظلمه وفاقا اذا طلب غرماء اهل الحجر عليه حجر القاضي
عليه ومنع من البيع والتصرف والامر حتى لا يضر الغرماء لان الحجر على السفينة انما يجوزناه
نظر الله في هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجى مدينين حقهم ومعنى قولهم منع من البيع
ان يكون باقيا من ثمن المثل اما البيع بشئ المثل لا يطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه *

به فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لا دنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا
اول الآية ولا تقربوا مال اليتيم ان الله مد الحكم الى غاية الاشد واول ما نيل في تفسيره ثمانى
عشرة سنة وهو المتيقن اذ لو مد الى اقصاه لا بد وان يمتد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون
ممتدا الى اقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليه فينبى الحكم عليه *

قوله لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة اي دناسته في حق
الغلام فتوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوي مزاجه **قوله** واذا راق الغلام والجارية
يقال راقه اي دناسته رهقا ومنه اذا صلى احدكم الى ستره فليرهقها وصبي مراق
مدار للحكم كذا في المغرب والله اعلم بالصواب *

باب الحجر بسبب الدين

قوله لانه عساه يلجى ماله بان يواضع احد اهل ان يقر له بالمال عند الناس ولا يطالبه ذلك
الرجل بالمال فيفوت حق الغرماء او يبيع ماله تلجئة مرمعظيم لا يمكن الا انتزاع مرميده (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال رباغ ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لا يفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع نائب القاضي منابه كما في الحب والعنة قلنا الثلجثة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرا رايهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعاً **قال** وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغرامره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة راح استحسان وانقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبراً وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بضمورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا وبيع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ باليسر فاليسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من نياب بدنه وبيع الباقي لان به كفاية وقبل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس *

قوله كما في الحب والعنة المحبوب اذا ابيى ان يفارق امرأته نائب القاضي منابه في التفريق والعنين بعدمضي المدة اذا ابيى ان يفارق امرأته نائب القاضي منابه ايضا في التفريق **قوله** والحبس لقضاء الدين الى آخره هذا جواب عما قاله البيع مستحق عليه حتى يحبس لاجله فاجاب ان الحبس لقضاء الدين بأي طريق شاء واراد الا لاجل البيع كما زعم كيف ولو صح البيع من القاضي مال المديون لكان الحبس اضرا راي في حق الدائن بتاخير حقه الى زمان تحقق امتناع المديون عن البيع وفي حق المديون بتعذيب الحبس فوجب ان لا يكون مشروعاً ان حبس المديون ما شرع الا لتفيع الدائن والحبس مشروع اجماعاً فدل ذلك على انه ليس للقاضي ولاية البيع وهذا لا ينقلب (لان)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقه بالقرار لغبرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا يرد له ولو استفاد ما لا آخر بعد الحجر فذا قراره فيد لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر

قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا التزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء *

لان حبس المدين على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشمل على ضرر الدائن بتأخير حقه لان للمدين ولاية البيع في كل لحظة بخلاف القاضي وفي الذخيرة فمن مشائخنا من قال مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالافلاس لان من شرط صحة الحجر على المدين القضاء بالافلاس اولاً ثم الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه ابتداء من غير ان يكون يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بخلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة ربح الافلاس في حالة الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس اولاً وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل المسئلة مسألة مبتدأة فعلى هذا انقول المانع من الحجر عند ابي حنيفة ربح كونه الحجر متضمناً لاحاق الضرر بالحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس واذا لاي لابي حنيفة ربح ايضا في اثبات مذهبه قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبيع المال على المدين بغير رضاه ليس تجارة عن تراض وقال عليه السلام لا يحل مال امرء الا بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له ان يفعله عملاً بهذا الظاهر والمعنى فيه ان بيع المال غير مستحق عليه فلا يكون للقاضي ان يباشر ذلك عند امتناعه كما ان القاضي لا يواجره ليقضي دينه من اجرته وكذلك اذا وجب الدين على المرأة فان القاضي لا يزوجهما ليقضي الدين من صداقها *

قوله بخلاف متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك مال الغير (في)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لامال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا يعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لامال له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطئها لا يمنع عنه لانه قضاء احدي الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى *

قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونهم من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي *

في حال الحجر يواخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في حجر الذخيرة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة شهداء على الاستقراض او الشرى بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر *

قوله ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له خادم اخرجه وعن ابي يوسف انه لا يخرج من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء **قوله** والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح وقال بعضهم لا يمنع من الاكتساب في السجن لان فيه نظرا الى الجانبين المديون لانه ينفق على نفسه وعلى عياله ولرب الدين فانه اذا فضل منه تصرف ذلك اليه والاصح انه يمنع ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه **قوله** ولا يحول بينه وبين غرمائه لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان فوجه التمسك به هو ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال رباح ذو ن فضل كسبه يتسمه بينهم بالحصص لا استواء حقوقهم في القوة وقال اذا ائلسه الحاكم حال بينه وبين الغواء الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالاولاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رح لا يتحقق القضاء بالاولاس لان مال الله تعالى غادر وانح ولا ان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح المدفع لا لا بطلان حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار ترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا اذا الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر ليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس وودخل داره لاحتاجت لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لا اختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضررين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفعه للمضرب عنه واو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها **قال** ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للمغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر الثاغمي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ابقاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقده معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعنى الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم *

قوله وصار كالسلم فانه اذا انتطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم مع انه عجز عن تسليم شيء وهو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين في الذمة وبانقطاع السلم فيه ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا عجز المشتري بالافلاس عن تسليم (العين)

(كتاب المأذون)

كتاب المأذون

الأذن هو الإعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز والحجارة عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد. تصرفه الامور جبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه

العين يوجب حق الفسخ للبائع وأن لم يكن العين مستحقا بالعقد ولنا أن الا فلاسفة يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد إذ المستحق بالعقد وصف في الذمة وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة حكمية والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لأنه لم يكن طريقا متعينا لدفع ضرره والوصول إلى حقه لجواز أن يظهر له مال لم يكن له علم به او يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لأنه عجز عن تسليم المستحق بالعقد وبخلاف السلم لأنه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكما لان العين في باب السلم اعطي له حكم الدين الواجب في الذمة لان الاستبدال فيه ممتنع شرعا فكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ ذلك *

كتاب المأذون

الأذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر الثابت بالرق واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة وأنه يمنع تعلق حق الغير بها وأنه بالأذن اسقط حقه فعاد متصرفا لمالكه الاصلية وأهليته لنفسه وهذا لأنه أهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرفات كلام معتبر شرعا لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة للالتزام بالحقوق وهما لا يفوتان بالرق فصلاحيته الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا تخرج من ان يكون بشرا لان ذمته ضعيف بالرق فلا يجب المال فيها الا شاغلا مالية الرقبة وهي حق المولى فحجر عن (التصرف)

(كتاب المأذون)

ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو أذن لعبد يوم ما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الأذن كما أثبت بالصریح بثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا للزفر والشافعي رح ولا فرق بين ان يبيع عبدا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه يباع صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فباعه فباعتقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنع دفع المضرر عنهم

التصرف لحق المولى كيلا يتطل حقه بلا رضاه فقد اسقط حقه فعاد العبد متصرفا لما لكيته الاصلية وفي الذخيرة وانما قلنا ان العبد متصرف بحكم مالكية الاصلية لان تصرفات العبد يمتني على الشراء لان اول تصرف يباشره العبد بعد الاذن في التجارة الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في حقه وهو ذمة بايجاب الثمن فيها لان الثمن يجب في ذمة العبد حتى كان المطالب بالثمن هو العبد بحيث لو امتنع عن ادائه في الحال يحبس وذمته خالص حقه ولهذا الواقع على نفسه بالقصاص صح وان اكذب به المولى واذا ثبت ان محل الشراء خالص حقه كان الشراء حقاله وهذا المعنى تقتضي نفاذ تصرفاته في الاحوال كلها قبل الاذن وبعده ولكن شرطنا الاذن لانه اذا تصرف العبد وصحته بل لمعنى آخر وهو ان يصير المولى راضيا بالضرر بتصرف العبد لان تصرف العبد لا ينفك عن شغل رقبة العبد وكسبه وهو معنى ما قاله والحجارة عن التصرف اي قبل الاذن لحق المولى * **قوله** ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى يرجع الى قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته **قوله** ولهذا لا يقبل التاقيت اتركون الاذن اسقاط الحق **قوله** لان الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعقاق فان قيل لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فيدأ يستقبل لا فيما مضى لان الساقط يعود **قوله** فباعه فباعتقده فيتضرر به اي فيما اذا لحقته ديون ثم قال المولى ايس بمأذون يتاخر الديون الى ما بعد العتق (ولا يدري)

(كتاب المأذون)

قال إذا أذن المولى لعبده في التجارة أذننا عما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد ولا يقيد اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدله من أنواع الأعيان لأن أصل التجارة ولرباع واشترى بالغبن الميسر فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالغش عند أبي حنيفة ربح خلافا لهما هما يقولان أن البيع بالغش حش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المبيع من ثلث ما لا فلا ينتظمه الأذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد منصرف بأهلية نفسه فصارك المحرم وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون

ولا يدري متى يعتق وهل يعتق أم لا فيكون فيه اتواء حتى هم فإذا رآه يبيع ويشترى وأم بينهما يثبت أذنه إذا لم يكن راضيا به لمعد فاعا للضرر عنهم حملا لعبده على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام بعد أمر يعاينده عن التغيير والتكبير وسكوت البكر والشفيع بخلاف ما إذا رأى أنسانا يتلف ماله أو يبيعه فسكت لا يكون رضا وكذلك الموثقين إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت ولم ينهاه عن البيع لا يصير أذنه في البيع وكذلك إذا رأى عبده يتزوج أو رأى أمته تزوجت فسكت لا يصير أذنه في النكاح لأن الضرر في هذه الصور متحقق في الحال وضرر المولى في ثبوت الأذن إذا رأى عبده يبيع ويشترى متروك قد يلحقه وقد لا يلحقه ولم يثبت الأذن به يتصرف الناس في معاملاتهم *

قوله في سائر التجارات أي في جميعها **قوله** ومعنى هذه المسئلة أن يقول أذنت لك في التجارة ولا يقيد أي ولا يقيد الأذن بنوع من التجارة فحينئذ يكون ما ذونا في جميع التجارات بالاتفاق أما لو قيد بنوع منها بان يقول أذنت لك في التجارة في البحر يكون مأذونا أيضا عندنا في جميع أنواع التجارات خلافا للفرق والشافعي ربح فكان فائدة ذكر معنى المسئلة نفى الخلاف لأن لا يكون مأذونا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها **قوله** ووجه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس لأنه محلي بالالف واللام وهما الاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود بتقييد به فيستغرق جنس التجارات * (قوله)

(كتاب المأذون)

ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان ممن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث احق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ان جميع المحاباة والا فارد بالبيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يؤكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه *

قوله ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال هذا اذا كان مولاه صحيحا ما اذا كانت المحاباة فيه في مرض المولى فمحاباته بما يتغابن الناس فيه او بما لا يتغابن فيه جائزة في قول ابي حنيفة ربح من ثلث مال المولى سواء كان ذلك في البيع او في الشراء لان العبد بائناك المحجر عنه بالاذن صار مائكا للمحاباة مطلقا في قول ابي حنيفة ربح حتى لو باشر في صحة المولى كان صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر ذلك من ثلث ماله المحاباة اليسيرة والغاشية في ذلك سواء فكذلك اذا باشر العبد وفي قول ابي يوسف ومحمد ربح محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فاما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه باطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة بالاذن له في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى دين محيط برفقة العبد وبما في يده اولا مال له غيره فحابى في مرض المولى لم يجز محاباة العبد بشيء لان مباشرته كمباشرة المولى وقيل للمشتري ان شئت فانقض البيع وان شئت فاد المحاباة كلها لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هو به فيخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برفقته وجميع ما في يده فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بل حقوق الدين اياه والمحاباة وان حانت على الغرماء فانما هي من مال المولى كذا في المبسوط **قوله** ولا وارث للعبد ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا سقط حقه في الثلثين فانه ينفذ تصرف المريض في الكل **قوله** وله ان يسلم ويقبل السلم اي ولما ذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه *

(قوله)

(كتاب المأذون)

قال ويرهن ويرهن لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار وبأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشترى طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وبأخذها لانه من عادة التجار ولده ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي ر ح وهو يقول لا يملك العبد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المتصور وهو الربح فيملكه **قال** فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي ر ح لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته وبثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك خجرا فيخصص بما خصه به كالمضارب .

قوله ويملك ان يتقبل الارض اي يستأجرها **قوله** وله ان يشارك شركة عنان قيد بالعنان لانه ليس له ان يشارك شركة مفوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها الا ان المفوضة ان كانت لا يصح مفوضة يصح عنانا لان في المفوضة عنانا وزيادة فصيح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة .
تم شركة العنان انما يصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشري بالقد والنسيئة اما لو اشترك العبدان المأذون لهما في التجارة شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة عن صاحبه وليس في النقد معنى الكفالة عن صاحبه فصيح بقدر ما يملك ولا يصح بقدر ما لا يملك كما لو شارك شركة مفوضة صح عنانا لذا **قوله** وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي ر ح لان عنده المأذون نائب عن المولى وهو انما جعله نائبا في التصرف في كسبه ومنافعة لئلا يست من كسبه وتصرفه فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه (ان)

(كتاب المأذون)

ولما إنه استأط الحق وفك الحجر على ما بيناه و عبد ذلك تظهر ما لكية العبد فلا يتخصص
بوع دون نوع بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فثبت له الولاية من جهة

ان رقبته ليست من كسبه لأنه لا يملك ببيعها ولا رهنها بدليل عليه ما ليس من كسبه فهو لا يملك
التصرف فيه بالاجارة واء اعندنا الإذن فك الحجر عن المأذون بمزلة الكتابة والمكاتب
ان يواجر نفسه فكذلك المأذون والاية ان الكتابة يتعلق بها التزيم والاذن لا لا نقول ان محال
التصرف لا يختلف بكونه لازما او غير لازم كالبيع مع الهبة فان محال التصرفين واحد وهو العين
وان كان احدهما لازما والاخر لا يلزم ونحن انما شبهنا الإذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر
ثم انما فك الحجر يثبت لما يد على من يباعه فيملك لا عتياض عنها كما يملك المكاتب ولما كان
المأذون ان يعبر غيره وبما فعه فلا يكون له ان يواجر نفسه اذ لا ان الاجارة اقرب الى مقصود
المولى من الاجارة وما ذكرنا الشافعي رحمه يستقضى بالحرف انه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع منافع *

قوله ولما إنه استأط الحق وفك الحجر على ما بيناه إشارة الى ما قال في كتاب المأذون
وفي الشرح فك الحجر واستأط الحق لأنه بعد الرق بقي اهلا للتصرف ولا يلزم ان المولى
اذا اذن لعبد في نكاح امرأة بعينه ليس له ان يتزوج غيره مع ان الإذن فك الحجر لان النكاح ليس
نظير التجارة لان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه ولا صحة له الابوابى اما بولاية نفسه او غيره عليه
والرق يخرج منه ان يكون اهلا للولاية على نفسه فكان نائبا عن المولى في النكاح ولهذا قلنا
ان المولى يجيزه على النكاح وتصرف النائب على قدر اذابة الاصل **قوله** بخلاف الوكيل لأنه
يتصرف في مال غيره قال الوكيل بالبيع يتصرف في مال غيره والوكيل بالشراء يتصرف في ذمة
غيره لأنه يثبت له حق الرجوع عليه ولم يكن الموكيل قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر
فصار نائبا وتصرف العبد يلاقي محلا هو ملكه والمنصرف في ملكه لا يكون نائبا عن غيره بانه
ما ذكرنا ان اهل التصرف بعد الاذن الشراء لأنه لا يملك شيئا لبيعه وبالشراء يلزم الثمن في ذمته
وهي مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشراء بثمن يجب في ذمة عبده * (قوله)

(كتاب المأذون)

وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه **قال** وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لأنه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لاهله وهذا لأنه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما إذا قال أبا لي الغلة كل شهر كذا أو قال أبا لي الغا وانت حر لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب أو قال له أقعد صباغاً أو قصازاً لأنه أذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير مأذوناً في الأنواع *

قال وإقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالموذائع لأن الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لا جتب الناس مبيعته ومعاملته ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته وإن كان في موضعه يقدم دين الصحة كما في البحر

قوله وحكم التصرف وهو الملك أي ملك اليد واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه وإذا كان الأذن من المولى استقطا الحق لا إذابة للعبد مناب نفسه في التصرف فلا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما إذا رضي المستأجر ببيع عبده من زيد دون عمرو وسلم البائع المبيع إلى المشتري قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعاً من التصرف دون نوع فإنه لا يعتبر التقييد لأن ذلك منه اسقاط لحق المنع **قوله** ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة قيد به لأنه أنما يكون استخداماً إذا أمر بتصرف واجد أمّا إذا قال اشتري ثوباً وبعده يكون مأذوناً **قوله** لأنه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام فإن كل من علم أنه لو أذن لمملوكه في شراء بقل أو جمد بفلس أو ما أشبه ذلك يصير مأذوناً في التجارة فبعد ذلك يصح إقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوي بذلك رقبته وكسبه فيمتنع من استخدام مملوكه في ذلك فيفوت عليه مقاصده في الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الإذن في بعض الصور أذناً في التجارة وفي بعضها جعلناه استخداماً فالإفصال بينهما إذا أذن له بعقود منكرة مرة بعد أخرى يعلم أن مراده الربح يجعل ذلك أذناً في التجارة (كما)

(كتاب المأذون)

بخلاف الاقرار بما يجب من المال لاسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه * **قال** وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا بزواج مما يليك. وقال ابو يوسف ر ح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف المصبي المأذون والمضارب والشريك شركة صان والاب والوصي **قال** ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة

كما اذا قل اشترلي ثوبا وبعه لانه امره بعقود متكررة وكذلك لو قال بع ثوبي هذا واشتر بشمه كذا يصير مأذونا في التجارة واذا اذن له بعقدا واحدا لا يجعل ذلك اذنا في التجارة بل يعتبر استخداما كما اذا قال اشترلي ثوبا للكسوة لانه امره بعقدا واحدا فلا يكون هذا اذنا في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل *

قوله بخلاف الاقرار بما يجب من المال لاسبب التجارة كما لو اقر بجناية على حرا وعبد او مهر وحب عليه بنكاح جائز او فاسد او شبهه فان اقراره باطل لا يواخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصار اقراره فيها و اقرار المحجور سواء **قوله** وعلى هذا الخلاف التي قوله والاب والوصي ففي هذه الرواية نظر لانه اشار قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امة لانه اكتساب لاستناده المهر وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والبنية ومختصر الكافي واحكام الصغار وذكر في باب نكاح العبد من نكاح المبسوط واذا زوج الاب امة ابنه وهو صغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج امة اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج امة وكذلك المفاوض اذا زوج امة من الشركة لان تزويج الامة عن عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهو لاء الاربعه يملكون الاكتساب (و)

(كتاب المأذون)

لا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه وبصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير **قال** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يفرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لانه كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة *

وذكر في نكاح البينة ووصاياها الاب والوصي يملكان تزويج امة الصغير ولا يملكان تزويج عبده فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان *

قوله الا ان يجيزه المولى فحينئذ يجوز اذا لم يكن عليه دين لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة ويكفي الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ان كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة **قوله** ولا دين عليه قيد به لانه لو كان عليه دين كثير او قليل فكتابه باطلة وان اجازة المولى لان المولى بالا اجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر كما لو اخذه من يده وعليه دين واذ لم يكن على العبد دين وكاتب عبده فادى المكاتب جميع المكاتب قبل اجازة المولى لم يعتق لان ما اخذ ملك رقيقه والمكاتبه غير نافذة وان كان المولى اجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط فهذا هو الاول سواء في قول ابي حنيفة ر ح لان المولى لا يملكه فلا ينفذ اجازته واما عندهما فالمكاتب حرم المولى ضامن لقيمته للغرماء والكتابة التي قبض العبد للغرماء يستوفونها الدينهم لان ما ادى قبل الاجازة يتعلق به حق الغرماء والمولى بالا اجازة كانه ابتداء قبض القيمة وان لم يكن عليه دين محيط عتق المكاتب في قولهم وضمن المولى قيمته كذا في المبسوط **قوله** ويرجع الحقوق الى المولى وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز ونبوت الولاء بعد العتق **قوله** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة مع ان المكاتب عبدا ما بقي عليه دينهم فالولى ان لا يملك الاعتاق على مال لانه اعتاق في الحال *

(قوله)

(كتاب المأذون)

قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يصيف من بطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لا ندلاذن له اصلا فكيف يشت ما هو من ضروراته ومن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعاه بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر بتضرره المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان يتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالمغفر ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة **قال** ولان يحط من النسيب بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام الغد فليس من صنع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يوجب في دين واجب له لانه من عادة التجار **قال** وديونه متعذرة برقبته يباع للغرماء

قوله لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه اشارة الى قوله استجلابا لقلوب المجاهزين **قوله** يباع للغرماء اي يبيعه القاضي وهذا لا يشكك على قول ابي يوسف ومحمد رح لان الدين لو كان على المولى وقد امتنع عن قضاؤه كان القاضي على قولهما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه فاذا كان الدين على العبد او لى لان دين العبد متعلق بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله مالم يمرض مريض الموت واما يشكك على اصل ابي حنيفة رح لان من اصله ان الحر اذا ركه ديون وامره القاضي بايقاء الديون ولم يوف واراد ان يبيع عليه ماله بغير اذنه ليس لذلك بل يجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه والجواب عنه ان ابا حنيفة رح انما قال في الحر لا يبيع القاضي عليه ماله لما فيه من الحجر عليه فانه كان يملك بيع ماله بنفسه فاذا باع عليه القاضي بغير اذنه كان حجرا عليه وابو حنيفة رح لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضا الغرماء لا ينفذوا اذا كان محجورا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرا (فجاز)

: (كتاب المأذون) :

الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رح لا يباع ويناع كسبه في دينه بالا جماع لهما ان
فرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال قد كان له وذلك في تعلق
الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين
الإستهلاك لانه نوع جنائية واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في
ذمة العبد ظهور جوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجماع
دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخله تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء

فجزو كان هذا بمنزلة المركة اذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي ان يبيع المركة على الورثة
اذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالههم بغير رضاهم ولم يعد ذلك حبرا على الورثة لانهم
كانوا محجورين عن بيع المركة قبل ذلك متى كانت مستغرقة بالدين بغير رضاء الغرماء
فكذا هنا فان قيل بشكل بيع الكسب فبذلك يبيع الكسب على العبد بغير اذنه والعبد كان يملك
بيع الكسب كالحرامديون فكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضاء العبد بل بحسبه حتى
يبيع فلما الجواب عنه ان ابا حنيفة رح انه لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما العبد فيرى
الحجر عليه الا ترى ان المولى يحجره فكذا جاز حبرا القاضي عليه بيع الكسب عليه هذا
اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة
العبد المولى دون العبد الا ترى انه لو ادعى انسان في رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصما
فان كان الخصم هو المولى لم يجز البيع الا بحضوره او بحضوره نائبه بخلاف الكسب فانه يبيعه بالديون
وان كان غائبا لان الخصم في الكسب هو العبد دون المولى الا ترى انه ادعى انسان في كسبه
حقا كان الخصم في ذلك هو العبد واذا كان العبد حاضرا في حق الكسب يشترط حضرة العبد *

قوله الا ان يفديه المولى اي يؤدي جميع الديون ولم يرد بداء قيمته وهذا لان حق الغرماء
هو الدين فاذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع **قوله** وذلك في تعلق الدين بكسبه اي
تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة **قوله** بخلاف دين (1)

(كتاب المأذون)

حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صليح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لاينا في تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدء بالكسب في الاستيفاء ابقاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان الغصوب والبودائع والامانات اذ اجمدها وما يجب من العقربوطى المشتراة بعد الاستحقاق لاستنادها الى الشراء فيلحق به *

قال ويقسم ثمنه بالخصص لتعلق حقهم بالرقبة فصارت كعقبتها بالتركة فان فصل شيء من ديونه طوبى به بعد التحريم لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع الاستهلاك وانه يباع فيه لانه لا تعلق له بالاذن وان وجوبه بالجنائية وقبل الاذن يباع بدين الاستهلاك فكذا بعده *

قوله حامل على المعاملة اي حامل للغير على معاملة المأذون وينعدم الضرر في حقه اي في حق المولى **قوله** كالبيع والشراء نظير قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستيجار الى آخره نظير قوله او بما هو في معناها وصورة وجوب الدين بالبيع والشراء ويستحق المبيع والتمن هلكت في يده **قوله** والاجارة بان يستعجل الاجرة ثم ملكه من قبل تمام المدة **قوله** والامانات اذ اجمدها ذكر الامانات بعد ذكر البودائع لان الامانات اعم من البوديعة ومن انواع الامانات مال المصارقة والعارية والبضاعة ومال الشركة وهذه الاشياء عند انحودها ينقلب غصبا فكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان غصب لان الامين يصير غاصبا للامانة بالانحود **قوله** وما يجب من العقربوطى المشتراة بعد الاستحقاق لاستنادها الى الشراء فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب عليه العقربوسواء ثبت بافراة او بالبينه **قوله** كيلا يمتنع يعني ان المشتري اذا علم ان العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانيا بدون اختياره كما في حق المولى بالاذن في التجارة يمتنع عن شرائه فيمتنع البيع الاول حينئذ فيتضرر الغرماء فلذلك قلنا انه لا يباع ثانيا *

(قوله)

(كتاب المأذون)

أودفع للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلو له وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين لأنه لو لم يمكن منه الحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يرد لها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم **قال** فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجرة بين أهل سوقه لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الأرجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جازاً وأن كان بائعه الذمي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحض من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك بمقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كما لو قيل إلى أن يدام بالعزل وهذا لا يستلزم به حجب يارمه قضاء الدين من خالص ماله بعد اعتق يراضيه به وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الأذن شائعاً ما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه يعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه *

قوله أودفع للضرر عن المشتري لأن المشتري لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضياً ببيعه بسببه الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه بخلاف المولى الأول فإنه أذن له في التجارة فكان ملتزماً بأذنه ضرراً ببيع على نفسه **قوله** وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين أي للمولى أن يأخذ الغلة وهي الضريبة التي يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحساناً والقياس أن لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان أن في ذلك نفع الغرماء لأن حقهم يتعلق بكسبه لا يحصل المكاسب إلا ببقاء الإذن في التجارة ولو منعناه عن أخذ الغلة لحجر عليه فيسد باب اكتساب **قوله** كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام فإن الذمي إذا سلم وأم يعلم بوجوب الصلوة حتى (مضى)

(كتاب المأذون)

قال ولومات المولى اوجن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تعدم بالموت والجنون فكذا بالمحجور لانه موت حكمه حتى يقسم ماله بين ورثته *

قال واذا ابقى العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يمتحن ما ذونا لان الاباق لاينا في ابتداء المأذون فكذا لاينا في البقاء وصار كالغصب ولما ان الاباق حجب دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا تترتب بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر *

قال واذا ولدت المأذون لها من مولاها ملك حجر عليها خلافا لفرج وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولما ان الظاهر انه يحصنها بعد اولادة فيكون دلالة استجراة بخلاف الابتداء

مضى زمان يارمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام والحري اذا سلم في دار الحرب له يارمه القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب *

قوله وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل لانه اذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة فكان تركه غير منسوخ بمنزلة ابتداء العقد فاذا كان كذلك فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء **قوله** وصار كالغصب معناه لو اذن المولى العبد المغصوب بصرح فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فهناك، لك وذكر في الذخيرة جواب الغصب على التفصيل فقال واما الغصب هل يمنع ابتداء الاذن فالجواب فيه على التفصيل ان بقي للمالك ام كان الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا بقي له امكان الاخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة فيصح الاذن فكذلك يبقى الاذن وان لم يبق للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الاذن لزوال (و)

(كتاب المأذون)

لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبته ديون لا تلافه
محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يتمتع البيع وبه يقضي حقهم *

قال واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها
على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين
حكمهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها بما قررناه في ام الولد *

قال وان حجر على الماذون فاقرار جائرة فيما في يده من المال عند ابي حنيفة
رحمه الله ومعناه ان يقربا في يده انه امانة لغيرة او غصب منه او يقر بدين عليه
فيقضي مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما ان المصحح
لاقراره ان كان هو الاذن فبقيد وال بالحجر وان كان اليد فالجحر ابطالها

ولا يثبت البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الاذن ايضا وان عاد العبد من الاباق هل يعود الاذن .
ثم يذكر محمد ر ح هذا التنصيص والصحيح انه لا يعود كذا في النهاية *

قوله لان الصريح قاض على الدلالة لانه صريح بخلاف الدلالة وهي ان الانسان يحسن
ام ولده في العادة وانما يعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فاماع التصريح بخلاف
العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول عادة الا اذا صرح
وقال لا تأكل فان قيل كيف يبطل اذنها صريحا بدلالة الحجر والشئ لا ينتقض
بما هو دونه قلنا لا نسلم انه اذن بها صريحا بل هذا فرض منك ولئن سلم فبقاء الاذن
بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا الحجر ثبت بالدليل فكان اقوى **قوله** لما قررناه
في ام الولد وهو قوله لا تلافه محلا تعلق به حق الغرماء **قوله** وان حجر على الماذون
فاقرار جائرة بخلاف ما اذا بيع الماذون فانه لا يجوز اقراره فيما في يده بالا جماع **قوله** فيما
في يده قيد به لانه لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار **قوله** من المال قيد به
لانه لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالا جماع * (قوله)

(كتاب المأذون)

لان يد المحجور غير معتبرة فصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجرة بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجروا له ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها من حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باع دنان العبد قد تبدل بتبدل الملك علمي ما عرف فلا يثبت ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خضما فيما باشره قبل البيع **قال** واذا التزمه ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبد الم يعق عند ابي حنيفة ربح وقال لا يملك ما في يده ويعتق وعليه فيمتد لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعتاقه ووطئ الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظر للمورث والمظرفي ضده عند احاطة الدين بتركته اء املك المولى ما ثبت نظر للعبد

قوله لان يد المحجور غير معتبرة اي فيما هو من كسبه او فيما عرف انه من مال المولى واذا لم يكن كذلك فيده معتبرة ولهذا اذا استودع عبد رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة ما ذونا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد العبد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته ولكن لا اعتبار ليد في كسبه وفيما علم انه للمولى وفي الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد واما اذا علم انه كسب العبد فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان يأخذ **قوله** لانه يثبت الملك له نظر للمورث وهذا لان صرف اكتسابه اليه اقرب الناس اليه نظر في حقه كيلا يتعطل سعيه في دار الدنيا ومتى كان على الميت دين مستغرق فالظرفي ضده لان قضاء الدين فرض عليه وانه حائل بينه وبين ربه واما ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد بل باعتبار انه يستحيل وقوع الملك له مع قيام الرق فيه وهذا (المعنى)

(كتاب المأذون)

وله ان الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه من حاجته كملك الوارث على ما قرناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعق فريضة واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به *

قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جازعته في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعري عن قليله فلو جعل مانعا لا نسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق بمنعه *

المعنى قائم بعد الاذن وثبوت الدين والابى حيفد رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد بعد الفراغ من حاجته لملك الموارث لما اراد الكسب في الاصل ملك الكاسب وانما يخلفه غيره بعد فراغه من حاجته ولهذا لو امتنع المولى من الاتفاق عليه امر العبد بالكسب والاتفاق على نفسه وما فضل من حاجته يرد على المولى وما قال انه وجد سبب الملك في كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالمكاتب فان ملك الرقبة موجود ولا يملك المولى اكسابه والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز ان لا يملك ذلك لما منع وهو حاجته الى قضاء دينه لانه لما صار بمنزلة الحر في حق التصرف واليد والحر المديون لا يستحق وارثه تركته لحاجته الى قضاء الدين فكذا هنا *

قوله وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد فان قيل المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل الملك المال وشرط الخلافة تصور الاصل قلنا العبد ليس باهل الملك مستقر لكنه اهل ملك ينتقل اليه غيره اذا فرغ من حاجته وهذا لان العبد من حيث انه آدمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حراما لملك المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك اصلا قلنا بانه يملك ملكا منتقلا عملا بالشبهين **قوله** وكذا عنده اي في قوله الاول وفي قوله الآخر لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن **قوله** ولهذا لا يمنع ملك الوارث اي في قوله الآخر * (قوله)

(كتاب المأذون)

قال وان باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لانه كالا جنبي من كسبه اذا كان عليه دين يحبط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه منهم في حقه بخلاف ما اذا باع لاجنبي عند ابي حنيفة ر ح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالوا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وبهذا يدفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلاً عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا يجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما **قال** وان باعه المولى شيئاً بمثل القيمة او اقل جاز البيع

قوله وان باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز اذا باع العبد المأذون المديون شيئاً من اكسابه من المولى بمثل قيمته جاز وان لم يكن مديوناً لا يجوز **قوله** وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء اذا باع من المولى شيئاً بنقصان لم يجز عند ابي حنيفة ر ح فاحشاً كان الغبن او يسيراً وعندهما جاز البيع فاحشاً كان الغبن او يسيراً ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع **قوله** ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير **قوله** وهذان الفرقان على اصلهما لان ابا حنيفة ر ح لما لم يجوز البيع من المولى لالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لا يحتاج الى هذين الفرقين وانما يحتاج الى فرق واحد وهو جواز بيع العبد من الاجنبي (با)

: (كتاب المأذون)

لان المولى اجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا نهمه في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب المعبد ما لم يكن فيه ويمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكّن و صحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين *

قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء جاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين واء باعد باكثر من قيمته يوم بازالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء *

بالعين الفاحش وعدم الجواز من المولى والمفرق ما ذكر في الكتاب وعلى اضلهما يحتاج الى الفرقين احدهما في حق المحاباة اليسيرة بين المرائى والاجنبى حيث لا يؤمر الاجنبى بازالة المحاباة والمولى يؤمر عند هذا الثاني في حق المحاباة الفاحشة بين المولى والاجنبى حيث لا يجوز بيعه من الاجنبى مع المحاباة اصلا عند هذا ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الناحشة وكن يوم مر المولى بازالة المحاباة ههنا ايضا كما في اليسيرة وهذا الذي ذكرنا قول بعض المشائخ وقيل الصحيح قوله كفولهما لان المولى يستهد من تخلص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاة كالمريض المدينون في تصرفه مع الاجنبى *

قوله لان المولى اجنبى من كسبه هذه النكته على قول ابي حنيفة ر ح والنكته الثانية وهو قوله ولانه مفيد على قولهما وعلى قول الكل **قوله** بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين والمولى احق بذلك من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دين في ذمته ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده وهو احق به من الغرماء كما لو غصب شيئا من ماله او ادع ما لا عند عبده **قوله** اذا كان يتعلق بالعين كالمكاتب لما كان للمولى تعلق برقبته جاز ان يجب عليه بدل الكتابة وكذلك المستسقي عند ابي حنيفة ر ح **قوله** ولو باعه باكثر من قيمته يوم بازالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد (كذا)

(كتاب المأذون)

قال واذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه ذوق المولى
صا من قيمته للغرماء لانه ائلف ما تعلق به حقهم بعبا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون
يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما ائلف ضمانا فيبقى
الباقى عليه كما كان فان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف
ما اذا اعتق المذبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق
بركبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حتهم فلا يضمن شيئا *

قال بان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا
الباع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حتهم حتى كان لهم ان يبيعوه
الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب
فيخبر وافي التضمن وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة
كلاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى يعيب للمولى ان يرجع
بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالمغاصب
اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا *

كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وغيره في شرح المبسوط من غير ذكر خلاف ويحتمل
ان يكون البيع فاسدا عند ابي حنيفة رح على قول بعض المشائخ كما في الفصل الاول
وهو منصوص عليه في الحضر وغيره *

قوله فيخبر وافي التضمن ثم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع
لان استرداد القيمة منه كما سترداد العبد لو ظفروا به وان ضمنوا البائع قيمته ثم البيع
الذي جرى بين البائع والمشتري لزوال المانع **قوله** والاجازة اللاحقة كلاذن السابق
فان قيل يشك بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ثم اذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه
قلنا لانه لا يحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك هنا فان البيع يتوقف لزومه
على اجازة الغرماء **قوله** كما في المرهون اي الراهن اذا باع المرهون ثم اجاز المرتهن البيع (قوله)

: (كتاب المأثور)

قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فلبغراء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام ومؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يستل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم

قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهما وبين المشتري

قوله واعلمه بالدين اي اعلم البائع المشتري بان هذا العبد الذي ابيعك مديون وفائدة

هذا الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيباین البائع والمشتري وان لم يكن لازما في حق الغرماء اذا لم يكن في ثمنه وفاء بديونهم **قوله** فالاول تام

مؤخر الى زمان الاستسعاء والثاني ناقص معجل هذا اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم

قوله قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة ليس لهم ان يردوه اي ليس

للغرماء حق نقض البيع اذا وصل اليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وان لم يكن في الثمن وفاء

بديونهم ذكر الامام قاضي خان وغيره وهو قوله تاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم

حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم بديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري

فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع

على ان لهم حق القبض اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم وفي النهاية وفي هذا اللفظ نوع

نظر اذا كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية

العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما ذون الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة

قوله فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري هذه المسئلة مختلف فيها ما اذا كان

المشتري غائبا والبائع حاضرا فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقة العبد بخلاف حين

يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري وابطال ذلك بدون ضرورة لا يمكن فبعد فمالم

يبطل ملك المشتري لا يكون الرقة محل الحق الغرماء الا ان لهم ان يضموا البائع قيمته

(قوله)

لان بالبيع والتسليم صار مفوتا محل حقهم *

(كتاب المأذون)

معناه إذا انكر الدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ر ر ح وقال أبو يوسف ر ح المشتري خصم وبتضي لهم بد بينهم وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا وهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهور له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لأبي يوسف ر ح أنه بد على الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب *

قال ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه إن أخبر بالأذن فلاخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه جائز إذا ظاهر أن المحجور يجري عليه موجب حجرة والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو مأذون بيع في الدين لأنه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله لأنه متمسك بالأصل والله أعلم بالصواب *

قوله معناه إذا انكر الدين وإنما قيد به لأنه إذا أقر المشتري بد بينهم وصدتهم في دعوى الدين كان للفرماء أن يردوا البيع بخلاف كذا ذكره المحجوبي ر ح **قوله** وإن لم يخبر فتصرفه أي فتصرفه دليل عليه **قوله** لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الأذن في التجارة لا يرى أنه إذا أذن المدبر وأم الولد ولحقتهما الدين لا يباعان وهما مأذونان لهما بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الأذن في التجارة لأنه حق العبد **قوله** على ما بيناه وهو ما ذكر قبل هذا ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال لأن المولى إنما يخلقه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد والله أعلم بالصواب *

(كتاب المأذون فضيل)

فصل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل
البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه
ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة
فصار كالطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على اصله
فتحقت الضرورة التي تنفيذه منه اما البيع والشراء فهو ولاية الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف
المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرفت تقريره
في الاخلاقيات والصبا بسبب الحجر لعدم الهداية لاذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي

فصل

قوله للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان
بخلاف الصوم والصلوة اى الصوم النفل والصلوة النفل حيث يصحان منه وكذا الوصية
على اصله اى الوصية باعمال البر من اصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه
يصح تصرف الصبي فيه بنفسه وما يتحقق من الولي فلا يصح مباشرة الصبي فيه لان تصرفه
بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تدفع بما يتصرف فيه الولي **قوله** صدر من اهله الاهلية
للتصرف بالنكلم عن تمييزه لان تلقين وهذيان فان قيل الاهلية بالبلوغ عن عقل
ولهذا لا يتوجه خطابات الشرع قبل البلوغ وذلك لان العقل والتمييز امر باطن فاقام الشرع
البلوغ مقامه فلنا الاهلية بالعقل والتمييز ويستدل بالبلوغ على كماله واعتداله واذن الولي
دليل عليه ايضا ولا تراحم في الاسباب الا ان الصبي مظنة المرحمة وبالخطابات يتضرر وصحة
العبارة نفع محض اذا ادعى به يشرف ويميز من غيره فلهذا اعتبر اذن الولي في المعاملات
دون خطابات الشرع **قوله** عن ولاية شرعية وهو الولاية الثابتة بواسطة الملك المطلق الحاضر
قوله لعدم الهداية اى في امور التجارة *

(قوله)

(كتاب المأذون فصل)

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيلاء المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعناق لانه صار محض فلم يبرأ له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائرين النفع والضرر فيجعل اهلاله بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفاً على اجازة الوالي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في نفسه وذكر الوالي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليد تقليد القضاة والشرط ان يعتل كون البيع سائلاً للملك جالباً للربح والتشبيه بالعبد المأذون ينبغي ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقلان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عند اكان او صبياً فلا يتقيد تصرفه بنوع دين نوع وصيرته اذونا بالسكوت كما في العبد

قوله وبقاء ولايته جواب عن قول الشافعي رح ولايته مولى عليه حتى يملك الوالي التصرف ويملك حجرة فاجاب بان بقاء ولايته لنظر الصبي ليتوسع طريق النيل والاصابة فيستوفي المصلحة بطريقتين بهما شرة الوالي وبمباشرة الصبي وتمكنه من حجرة لاحتمال تبدل حاله من الهداية الى غيرها ومتى جعلناه مولياً عليه باعتبار تصور الاهلية لم نجعله ولياً فيه فالحاصل ان الصبي مستحق للنظر مصون من الضرر والتصرفات انواع ثلثة صار محض كالطلاق والعناق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وان اذن له الوالي ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذن الوالي ودائرين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والتمكاح فيملكه بالاذن ولا يملك بدونه لان الصبي المعقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عايه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية والحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقداً موقوفاً على اجازة الوالي لانه له فيه منفعة ليصير مهتدياً الى وجوه التجارات عارفاً بانواع المعاملات ممتازاً عن الحيوانات حتى لو بلغ فاجازة نفذ عندنا خلافاً لفررح لانه توقف على اجازة وليه وقد صار ولياً بنفسه **قوله** بخلاف صاحب الشرط وفي المغرب الشرطه بالسكون (و)

(كتاب المأذون فضـل)

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا سلبته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بآذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم *

والحركة خيار الجند واول كنية يحضر الجرب والجمع شرط وصاحب الشرطة في باب الجمعة يراد به امير البلدة كما مير بخاري وكان الوالي اكبر من صاحب الشرطة لان للوالي تقليد القضاة فلذلك ثبت ولاية اذن الصبي للوالي دون صاحب الشرطة وفي المبسوط ثم صحة الاذن له من وليه ووليه ابوه ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصي القاضي فاما الام او وصي الام فلا يصح منهم الاذن له في التجارة لانه غير وولي في التصرفات مطلقا بل هو كالاجنبي الا فيما يرجع الى حفظه وهذا لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصي الام العروس التي ورثها الصغير من الام بطريق التخصيص والحفظ على الام الميثة وعلى الصغير لانه تجارة حتى لو اشترى شيئا آخر لئلا يجرى في الاذن تحضين وحفظ *

قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية قيد بظاهر الرواية لانه روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا يصح اقراره فيما ورثه عن ابيه لان صحته اقراره في كسبه لاحتجته الى ذلك في التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعة معه خوفا من تولى اموالهم ولهذا ملكه وان لم يملك الوالي الاقرار عليه وجه الباطن انه بانضمام رأى الوالي التحقق بالبالغ وكل واحد من المالكين ملكه فارغ من حاجة الغير فيصح اقراره فيهما **قوله** ولا يملك تزويج عبده فيه اجماع وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف رح فانه يجوز عنده **قوله** ولا كتابته وانما لم يملكها مع ان الاب والوصي يملكانها لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة الظروا ما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة **قوله** دون غيرهم اي من الاقارب كالاخ والاعم وفائدة هذا التقييد انه يصير ما ذو بابان القاضي كما مر في حق الصبي والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

(كتاب الغصب)

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصد ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئا لمثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لتوليه تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر *

كتاب الغصب

قوله في اللغة اخذ الشيء يعني مالا او غيره يقال غصب زوجة فلان او ولده **قوله** محترم احتراز عن غصب مال الحربي في دار الحرب **قوله** حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً ايضاح لقوله على وجه يزيل يده لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزبلاً يده وعلى قول الشافعي ازاله يد المالك عن المغصوب ليس بشرط بل اثبات يد العدو وان عليه كاف لتحقيق الغصب ونسرة الاختلاف يظهر في زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة ونمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر **قوله** وان كان بدون العلم بان ظن ان المأخوذ ماله واشترى عينا ثم ظهرا استحقاؤه لان الضمان انما يجب جبر الحق به بتقويته وحقه مرعي وان كان الاخذ معذورا لجهله وعدم قصد **قوله** ولا اثم لان الخطأ موضوع (لقوله)

(كتاب الغصب)

قال بن ابي عمير وعلى مائة فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة ر ح وقال ابو يوسف ر ح يوم الغصب وقال محمد ر ح يوم الانتطاع لابي يوسف ر ح انما انتطع التحق بما الامثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب والمحمدر ح ان الواجب المثل في الدمة والمما ينتقل الى القيمة بالانتطاع فيعتبر قيمته يوم الانتطاع ولا يبي حنيفة ر ح ان النقل لا يثبت بمجرد الانتطاع ولهذا الوصير الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بتضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والنضاء بخلاف ما الامثل لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك **قال** وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدييات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالمية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كما يكيل حتى يجب مثله لثقله التباوت وفي الدر المختلط بالشعير القيمة لانه لا مثل له *

قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه بلا عيب ولا جاد ا فان اخذه فليرده لان اليد حق متصو و قد فوتها عليه فيجب اعادة رد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلة لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالمية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين من خاص

لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم وقد قال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم *

قوله ولهذا الوصير الى ان يوجد جنسه له ذلك اي لو كانت ثابتة بمجرد الانتطاع كان يجبر على قبول القيمة لو انى بها الغاصب ولا يمكن له من الصبر الى مجيء اوان المثل وحيث لم يجبر لما ذلك على ان الجواب المثل انما يثبت بالقضاء **قوله** معناه العددييات المتفاوتة كالرمان والسفرجل والبطيخ وكالثياب والدواب والمتقاربة كالجوز والبيض **قوله** لا عبا ولا جاد ابتوسط حرف العطف كذا في المبسوط ومعناه ظاهر الرواية في المصاييح لا عبا جاد بدون توسط حرف العطف بينهما اي لا يرد سرقة ولكن يرد ادخال الغيط على اخيه فهو لا عب في مذهب السرقه جاد في ادخال الغيط على اخيه * (قوله)

(كتاب الغصب)

ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت التيمم بتفاوت
الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لآخذها او تقوم بينه
ثم قضى عليه ببداها لان الواجب رد العين والهلاك بعرض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل ويحول
لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده
لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد رحم يضمنه وهو قول ابي يوسف رحم
الاول وبه قال الشافعي رحم لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع
اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمقول

قوله ويظهر ذلك في بعض الاحكام وهذا الزاير انه من الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك
بعده لا يجب الضمان والاولان الموجب الاصلية القيمة لما صح البراء لان البراء عن العين لا يصح
ولو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين ولو غصب جارية قيمتها الف
وله الف نقد وحال عليه الحول فانه لا يجب الزكوة على هذا الالف لانه صار مديونا ولا يجب الزكوة
على المديون **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول النقل والتحويل واحد كما في قوله تعالى
فَيُؤَسِّسُ قَنُوطٌ وَقِيلَ التَّحْوِيلُ يستعمل في النقل من مكان وانباته في مكان آخر كما في حواله الباذنجان
والنقل بدون الاثبات في مكان آخر **قوله** واذا غصب عقارا فهلك في يده بان غلب السيل
على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بأفة سماوية او جاء سيل فذهب
بالبناء لم يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد يضمن **قوله** لتحقيق اثبات
اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعي رحم يتحقق الغصب باثبات اليد المبطلة وتعليل قول
محمد رحم على هذا الوجه يدل على ان لا خلاف بين علمائنا الثلاثة في حد الغصب (بأنه)

(كتاب الغصب)

وجحود الوديعه ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئله الجحود ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك *

قال وما نقص منه بفعله وسكنه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكنه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك واشتوي ينكر غصب البائع بانه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة لا كما ظنه البعض ان حده عند محدد اثبات يد المالك كما قاله الشافعي رح اذ لو كان كذلك لا تحقق جرائبهما في زوائد المغضوب *

قوله وجحود الوديعه اي في العتار يعني اذا كان العتار وديعه في يده فجحدته كان ضامنا بالاتفاق فكذا بالغصب على ما يجي **قوله** وصار كما اذا بعد المالك عن المواشي فان ذلك لا يكون غصبا حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط **قوله** وهو الغصب اي النقل هو الغصب لان بذلك يتحقق ازالة يد المالك عن ذلك المنقول واثبات يد الغاصب فيه فيتحقق الغصب **قوله** ومسئله الجحود ممنوعة لانه ذكر في المختلغات اما الوديعه لو كان عقارا لا يضمن وذكر في المبسوط والاصح ان يقول جحود الوديعه بنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العتار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم او لقصريد صاحبه بالجحود لان صاحبه لا يتوصل الى الوديعه بعد جحوده حتى اذا كانت الوديعه بساطا لم ينقله وجلس عليه جاحدا للوديعه لم يضمن لانه متى كان ظاهرا لم يصريد صاحبه مقصورة بالجحود بنفسه **قوله** وما نقص بفعله وسكنه ضمنه في قولهم جميعا وذلك بان هدم شيئا وانهدم بسكنه لانه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لان الاتلاف يتحقق فيه كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين وجاز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كما حرره **قوله** ويدخل فيما قاله اي فيما قاله (1)

(كتاب الغصب)

ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح *

الغدوري في مختصره وهو قوله وما نقصه منه بفعله وسكنه قوله اذا انهدم الدار بسكنه وعمله بان كان عملا الحدادة او القصاره فهو جدار الدار بذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد الانهدام بسبب سكنه وعمله في الضمان لان اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكنه وعمله الا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح الاخر لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العتار عندهما والحكم ينسب على السبب كذا في غصب المبسوط *

قوله ولا بينة لصاحب الدار انما قيد به لانه لو كان له بينة لا يضمن الثبائع بالاتفاق لانه قادر على ان يقيم البينة على انها ملكه ويأخذ الدار عن المشتري **قوله** فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح وذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط فان كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم اقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقتراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مانكا بالشرع من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطاله ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله الاخر لانه مقرر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العتار وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضى ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقل ذلك قول محمد رح لان تسايطهم الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليد وميال بان هو قواهم والفرق بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان اتلاف المالك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم حتى لو اقام البينة على المالك لنفسه لا يقبل بينته والعقار تضمن بالا تلاف وهنا اتلاف المالك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا *

(قوله)

(كتاب الغصب)

قال وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه تلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل
قال رضي الله عنه هذا عند ابو حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم لا يتصدق بالفضل
وسند كراهة الوجه من الجانبين **قال** واذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه
وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان
العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة

قوله وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان اختلفوا في تأويل نقصان الارض قال نصير بن يحيى رحم
في نقصان الارض انه ينظر بكم يستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستأجر بعد استعمالها
فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة رحم ينظر بكم يشتري قبل استعمالها وبكم
بشترى بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصان الارض قيل رجع محمد بن سلمة الى قول
نصير كذا في الفصل الثالث من مزارعة التمتة وفيه ايضا ان من زرع ارض الغير بغير اذنه وبغير عقد
مزارعة هل لصاحب الارض ان يطالبه بحصة الارض قال شيخ الاسلام ابو الحسن رحم
نعم ان كان عرف اهل تلك القرية انهم يزرعون ارض الغير على وجه المزارعة
من غير عقد واذن ففي فتاوى الفقيه ابي الليث ان الزرع للمزارع في هذه الصورة وعليه
نقصان الارض ان كانت الارض قد انتقصت بسبب الزراعة **قوله** فيأخذ رأس ماله وهو
البذر وما انتق وتدمر ما غرم من النقصان وصورته اذا غصب ارضا وزرع فيها كراهة خرجت
اربعة اكرار ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمة كرو لحقه من المون ما يبلغ كراهة اخذ منه ضمان
النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كراهة ولحقته مؤنة كرو ضمن قدر قيمة كرو فضل المخرج
عن رأس ماله بكر فتصدق به لانه ربح مالم يملك وقال ابو يوسف رحم لا يتصدق به لان
المنهي ربح مالم يضمن وهو قد ضمن **قوله** وسند كراهة الوجه من الجانبين اي في هذا
الفصل في مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة **قوله** وعند العجز عن رده تجب القيمة
هذا على قول من يقول بان الواجب الاصل في الغصب رد العين * (قوله)

(كتاب الغصب)

او ينقرر بذلك السبب ولهذا اعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما عذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا ارد في مكان الغصب لانه عبارة عن تنوير الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقدا ما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرفت قال رضي المدعي ومرواه غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يدي الي الربوا *

قوله او ينقرر بذلك السبب على قول من يقول بان الواجب الاصيل في الغصب هو القيمة ورد العين **قوله** وان نقص في يده ضمن النقصان اي اذا لم يجبر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان وسواء كان ذلك النقصان في يده بان كانت جارية فاعورت او كانت شاذة فصارت عنده عجزا او ناهضة التدبير فانكسر نديها او لم يكن في يده كذا لو غصب عبدا محترقا فنسى ذلك عند الغاصب او كان فاردا فنسى القرآن **قوله** بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب وانما قيد بلان تراجع السعر اذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب فللمالك الخيار بين اخذ القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده وفي الايضاح لو غصب منه عينا ثم لقيه في بلد آخر والعين في يده - القيمة في هذا مثل القيمة في مكان الغصب او اكثر فللمغصوب منه ان يأخذها ولا يطالب بالقيمة لانه وصل اليه عين حقه من غير ضرر وان كان السعري هذا المكان اقل من السعر في مكان الغصب فللمغصوب منه الخيار ان شاء اخذ القيمة في هذا المكان وان شاء انتظر لانه اذا اخذ العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب وهو النقل الى هذا المكان فكان له ان لا يلتزم الضرر ويطلب اليه بالقيمة وله ان ينتظر بخلاف ما اذا وجدته في البلد الذي غصبه فيه وقد انقص السعر حيث لا يكون له خيار لان النقصان ما حصل لفعل مضاف الى الغاصب وانما هو لمعنى راجع الى فتور رغبات الناس فلم يضمن **قوله** وبخلاف المبيع فان المبيعة اذا اعورت في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته ولكن يخبر المشتري بين ان يأخذها بكل الثمن او يتركها لانه ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب فمتعلق بالفعل والفعل حل الذات بجميع الاجزاء والارصاف فكانت مضمونة * (قوله)

(كتاب الخبث)

قال ومن غصب عبداً فاستغله فنتقصه الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهم ايضاً وعند ولا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا أجر المستعير المستعار لابي يوسف ربح انه حصل في ضمانه ومملكه اءا الضمان نظاهر وكذا ملك في المضمون لان المضمونيات تملك باداء الضمان مستنداً الى وقت الغصب عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق اذا الفرع يحصل على وصف الاصل والمالك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا الوادي اليه يباح له التناول ان كان غنياً فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجته نفسه فلو اصاب ما لا يتصدق بمثله ان كان غنياً

قوله ومن غصب عبداً فاستغله اي أجره واخذ غلته فنتقصه الغلة اي العمل في الاجارة **قوله** فعليه النقصان لما بينا اراد به قوله لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب **قوله** وما هذا حاله فسيبيله التصديق كما اذا اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا وباعها وربح فيها تصديق بالربح تمكن الخبث في الربح على ما مر في فصل احكام البيع الفاسد **قوله** لان الخبث لاجل المالك هذا جواب سؤال ذكر في المبسوط حيث قال فان قيل القيمة دين في ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هي واجبة التصديق لخبثها من قضى دينه به مال الصدقة كان عليه ان يتصدق بمثله فلنا نعم ولكن التصديق بهذا لم يكن حتماً عليه الا ترى انه لو اسلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك ان يتناول ذلك وليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلماً الى المالك ثم يصير المالك مبرئاً عن ذلك القدر من القيمة ما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصديق **قوله** بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق اي الغاصب باع الموصوب واخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المالك المشتري قيمته ورجع المشتري على الغاصب بالثمن ابطالان البيع باسئردان (القيمة)

(كتاب الغصب)

وقت الاستعمال وان كان فقيروا فلا شيء عليه لما ذكرنا **قال** ومن غصب الغنائة شي بها جارية
 مائة دينار ثمن ثم اشترى بالاثنتين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا
 عندهما واصله ان الغاصب والمورع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما
 خلافا لابي يوسف ربح وقد مررت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك اليه
 ما قبل التصرف فلا عدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة
 اما فيما لا يتعين كالثمنين فتولد في الكتاب اشترى بها اشارة اليه ان التصديق انما يجب اذا
 اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها ونقد منها واشترى غيرها او اطلق
 اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي ربح لان الاشارة اذا كانت لا تعيد التعيين
 لا بد ان يكد بالنقد لتحقيق الخبث وقال مشايخنا ربح لا يطيب له قبل ان يضمن
 وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا اطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط *

القيمة منه ثم لا تستعين الغاصب في اداء الثمن بالغلة لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري
 فلا ينزل بالوصول اليه يده بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك فهو ينزل بوصول الغلة اليه يده *

قوله وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن **قوله** وقد مررت الدلائل اي في المسئلة
 بالنى نبال هذا وهي مسئلة من غصب عبدا واستغله فنقصه الغلة **قوله** ثم هذا ظاهر اي عدم
 طيب الربح **قوله** فيما يتعين بالاشارة كالعرض **قوله** كالثمنين اي كالدراهم والدنانير **قوله** وقال
 مشايخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا اطلاق الجواب في
 الجامعين والمبسوط وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق التحقيق او الشبهة ثبت الخبث
 ولا يثبت في الدراهم الا الشبهة لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر
 واذا نقد استفاد بسلامة المشتري فاذا اشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد انه
 دينار او جيد او ردي والمقدار واذا نقد ولم يشتر استفاد بها سلامة فاما ان يصير عنها عوضا فلا يثبت انه
 لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث * (قوله)

(كتاب الغصب فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال وإن اشترى بالثمن جارية تساوى الثمن فوهبها أو طبعها ما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس *

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وما كان الغاصب وف منها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو خنطه فطحنها أو حديد اما تحده سيما أو صغرها فعمله آية وهذا كله عندنا وقال الشافعي ربح لا ينتفع حق المالك

قوله لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس لأن الربح فضل والفضل إنما يكون بعد المساواة والمساواة إنما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوى فلا فضل ولأن الخبث يعمل في التصديق لا في التضمن إذا لا انسان لا تضمن باتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصديق هنا إلا بواسطة التضمن ولا سهيل إلى التضمن فستطاضلا *

فضل فيما يتغير بعمل الغاصب

قوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة وذبحها لأنه فات أعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لأنه يقال شاة مذبوحة **قوله** وأعظم منافعتها كما إذا غصب خنطة وطحنها لأن المقاصد المتعلقة بعين الخنطة تزول بالطحن وهي جعلها بذرا وهريسة وكشكا وغيرها **قوله** زال ملك المغصوب منه عنها أي يجب القيمة في الشاة إذا طبخها وشواها على الغاصب وفي الخنطة المثل ويؤول ملك المغصوب منه على وجه لو أبيع المالك أخذ الثمن أراد اللحم مشويا لم يكن له ذلك لأن المالك قد زال كذا في الإيضاح * (قوله)

(كتاب الغصب فضل فيما يتغير بعد مال الغاصب)

وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله اذا اخذ الدقيق لا بضمنه النقصان عنده
لانه يودي الى الربوا وعند الشافعي رحمه الله بضمنه وعن ابي يوسف رحمه الله يؤول ملكه
عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي رحمه الله ان العين باقية فيبقى
على ملكه وتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والتميت في طاحونة فطحن ولا يعتبر
بتعديله محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرفت فصارك اذا اعدم الفعل اصله وصار كما اذا
دفع الشاة المغصوبة وسلخها وارثها ولبا انه احدث صنعة متقومة صبت حق المالك هالكا من وجه

قوله وهو رواية عن ابي يوسف وفي الايضاح روي عن ابي يوسف ثلث روايات احدهما
مثل قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله والثانية ان حق المالك لا يسقط عنه وان كان ملكه
يؤول عدويه في العين في دينه وهو احق به من جميع الغرماء ان مات وفي رواية له ان يأخذ
الدقيق ويسرق الغاصب من صمائه لانه يودي الى الربوا لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له
ان يأخذها كما قبل الطحن وقبل الان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لاني احدث ما لم يكن
موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والله يبيع والسلخ في الشاة والدليل
على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا تجري الربوا الا باعتبار المجانسة فلم تثبت
الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ الحنطة ولو اخذ عين الحنطة
كان لا يجوز ان يأخذ معها شيئا آخر لتصان صفتها بسبب العقوبة لادائه الى الربوا
فكذلك **هنا قوله** ولا معتبر بفعله جواب اشكال مقدر وهو ان يقال فيما ذكرت من
الاستشهاد لم يوجد فيه الفعل وفي المتنازع وجد الفعل **قوله** ولما احدث احتريزه
عن الحدوث **قوله** صنعة متقومة في الربوية منقودة **قوله** صيرت حق المالك هالكا من وجه
احترازا عما اذا صبغ الثوب المغصوب اصفرا واحمر فانه لا ينقطع حق المالك مع انه
احدث صنعة متقومة ولكن لم يكن هالكا من وجه الا ترى انه لم يتبدل اسم الثوب
ولم يفت اعظم المقاصد (قوله)

(كتاب الغصب فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجم على
الاصل الذي هو فائت من وجهه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث
انه احدث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشتمل الفصول
المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها استحسان
والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر ر ح وهكذا عن ابي حنيفة ر ح رواه الفقيه
ابو الليث ر ح ووجهه ثبتت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه
الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المضلية بتغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى
قوله الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل
المقصود دليل على المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة بينهما وقد ثبت الثاني فيكون الاول مستهلكا
ضرورة ان الشيء الواحد يستحيل ان يكون شيئين فاذا هلك الاول بفعله صار ضامنا مثله والدقيق
حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجد فصارت الصنعة
راجحة في الوجود وترجم الاصل يرجع الى الحال والرجحان في الذات ادق من الحال واما قول
ابي يوسف جريان الربوا بينهما دليل على بقاء المجانسة قلنا بين الدقيق والحنطة شبهة من حيث
ان عمل الطحن صورة في تفريق الاجزاء وباب الربوا مبني على الاحتياط لبقاء شبهة المجانسة
من هذا الوجه جرى حكم الربوا بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت
اسم العين ينال شاة مذبوحة فان قيل بالسلخ والتاريخ يزول اسم الشاة فكان ينبغي ان ينقطع
حق المالك بعد التاريخ قلنا بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ
والتاريخ لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبدل
العين فبقيت مملوكة لصاحبها **قوله** وهذا الوجه يشتمل الفصول المذكورة اي وجه
الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك
شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه وغزلا فنسجه او قطنا فغزله
او سمما فعصرة ينقطع حق المالك **قوله** ولا يحل له الا انتفاع بها حتى يودي (بدلها)

(كتاب الغصب فضل فيه يتغير بعمل الغاصب)

اذا اذ الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اراحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء محسما لمادة الفساد ونفذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البديل يباح له لان حق المالك صار موافق للبديل فحصلت مبادلة بالتراضي. وكذلك اذا ابرأ استقرط حقه بدركه اذا اذن بالتضامن او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء من دلالة لا يقتضي الا بطله وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالتضامن عند خلافهما واصله ما تقدم بدلها فيه اشارة الى انه لا يحل له الانتفاع بالتضامن وقد نهى في المبسوط انه يحل بالتضامن لانه بمنزلة الاداء لحصول رضاء المالك عنده لانه لا يقتضي الا بطله *

قوله اذا اذ الامر بالتصدق زوال ملك المالك زكري ان النبي عليه السلام كان في ضيافة رجل من الانصار تقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمته فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبر انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي واو كانت اعز منها لم ينفس علي بها وسار ضيعة بما هو خير منها اذ ارجع فقال عليه السلام اطعموه الاسارى فامره بالتصدق بها بيان مندان الغاصب ملكها لان مال الغير يحفظ ان عليه عينه اذا امكنه وثمنه بعد البيع اذا عذر عليه حفظ عينه وان لا يباح التناول للغاصب قبل الارضاء فان قبل انما يتصدق عندكم بالربح لا بالاصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج قلنا روي عن محمد زح انه يتصدق بالاصل فبقي الباقي على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا في الاسرار

قوله او ضمنه الحاكم يحتدل ان يكون المغصوب منه من كان انماضي وليا له او ان يكون المراد منه قضي بدليل قوله لانه لا يقتضي الا بطله ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا علي مقدار من الضمان **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها اي ملكها الغاصب عندنا خلافا للمشافعي **قوله** غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع بها اي (في الحنطة)

(كتاب الغصب فصيلان فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال وان غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالها عندها عند أبي حنيفة ربح فباخذها ولا شيء للغاصب وقال لا يملكها الغاصب وعليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكاً من وجه الاترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك ولأن العين باقية من كل وجه الاترى أن الاسم باقى ومعناه الاصلى الثنية وكونه موزوناً وأنه باقى حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاً حيثه لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين وكذا لصنعة فيها غير متقومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها **قال** ومن غصب ساجه فبني عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعى ربح للمالك اخذها

في الحنطة التي زرعها والنواة التي غرسها بالغصب لوجود الاستهلاك من كل وجه اذ لم يبق عين معلق حق المغصوب منه فيها بخلاف غيرهما لقيام العين فيه من وجه *

قوله الاترى أنه كسره وفات بعض المتأصدين بأن لقوله صير حق المالك هالكاً من وجه

قوله والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات بيان لغوات بعض المقاصد وهو أنه كان قبل الكسر

والصنعة سلعة يتعين بالتعيين وقد فات هذا المعنى **قوله** الاترى أن الاسم أي اسم الذهب

والفضة باقى **قوله** جرى فيه الربوا باعتبار كونه موزوناً وبه فارق الحديد والصفرة والصنعة

هناك يخرج من الوزن وأن يكون مال الربوا حتى لو باع قممته بقممته يدايد بجوز

قوله وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة أي صلاحيته بعد الضرب لرأس مال

الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا من حكم العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الغلوس

الرائجة في هذا الحكم كالدراهم والدنانير فلا يتبدل العين بالصنعة **قوله** وكذا الصنعة فيها

غير متقومة مطلقاً أي ليس متقومة في كل الأحوال بل في بعضها إذا كسر ناء فضة أو ذهب

يضمن قيمته من خلاف جنسه وان وجدته صاحبه مكسوراً ورضي به لم يكن له فضل ما بين

المكسور والصحيح **قوله** ومن غصب ساجه بالجيم وهي الخشب العظيمة جداً والخشب المنحوتة

المهياة للأساس ونحوه كذا في المغرب (قوله)

(كتاب الغصب فصل في ما يغير بعمل الغاصب)

والوجه من الجائنين قدمناه ووجه آخر لما فيه ان فيما ذهب اليه اضرار الغاصب بنتقض بذاته
الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فيصار كما اذا خاطب بالخيطة
المغصوب بطن جار يته او عبده او ادخل الملوحة المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي والفقيه
ابو جعفر الهندواني رح انما لا ينتقض اذ انبى في حوالى الساجدة اما اذ انبى على نفس الساجدة
ينقض لانه متعدد فيه وحواى الكتاب يرد ذلك وهو الاصم *

قال ومن ذبحه شاة غير ذبها لئلا يختار ان شاء الله فيحبها ورسولها اليه وان شاء الله مدحه بها

قوله والوجه من الجائنين قدمناه اي في اول هذا الفصل في قوله واذا تغيرت العين المغصوبة
بنقل الغاصب **قوله** واخر لما فيه اي ودليل آخر في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه
اضرار الغاصب يعني لا بد في هذا من الحق الضرر باحدهما اما في حق الغاصب بنتقض
بذاته واما في حق المالك بانتطاع حقه عن الساجدة وضرر المالك مجبور بالقيمة وفيه ضرر
نقل المالك من العين الى القيمة بدون اختياره الا ان في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي
قطع حق المغصوب منه بفساد القيمة ونفوق المالك ونقل حمله اهدار حقه ودفع الضرر واجب
بحسب ازمكان ضرر النقل دون ضرر الابطال **قوله** اذ انبى في حوالى الساجدة ان ادخل الساجدة
في وسط الجدار الاحكام لا للبلاء عليه كما في الابواب والابنية المرتفعة **قوله** وحواى الكتاب
يريد ذلك حيث قال لا ينتقض البناء مطلقا من غير تفصيل ولا اند ذكر في الكتاب وبني عليها وذكر
شمس الزمعة بعد تقرير ما قال الكرخي وابو جعفر واكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد في كتاب
الصرف انه لو غصب نقرة واتخذ منها عروة مزادة انتطع حق المالك عنها وهو في هذا
العمل هنا متعدد لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير
او في ملك نفسه **قوله** وهو الاصم لانه يغير عما كان عليه لان الساجدة قبل التركيب يصلح
لطبخ التدوير وابواب الدور بعد التركيب لا يصلح لشيء منها الا بعد المنتقض وقيام الشيء
بمنافعها يكون فلما دانت منافعها من وجد صارت هالكة من وجه ولانها كانت (نقلية)

(كتاب الغصب فصل في ما يتغير بعمل الغاصب)

وكذا الجزم وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه انلاف من وجه باعتبار
قوت بعض الاغراض من الحدل والدر والنسل وبناء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق
الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فتقطع الغاصب طرفها للمالك
ان يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك
حيث ياخذ مع ارش المنطوع لان الادبي يمتنع منتفع به بعد قطع الطرف *

قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصان الثوب لمالك لان العين قائم من كل وجه
وان ادخله عيب فضمنه وان خرق خرقا كثيرا بطل عامته مما فعه فلما لمالك ان يضمه جميع قيمته
لان استهلاك من هذا الوجه فكانه اجرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه
وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق
وكذا بعض المانع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
بقايله والآن صارت من العثار ولهذا صارت يستحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه فثبت
انه تغير عما كان عليه والتغير يوجب انتفاع حق المالك *

قوله وكذا الجزم وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية احترازه عما روي الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمه شيئا في ذبح الشاة اذا اخذها لان الذبح والسام في الشاة
زيادة من حيث التقريب الى الانتفاع باللحم وما ذكره في ظاهر الرواية اصح لانه نقصان
با اعتبار تفويت بعض الاغراض **قوله** ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فتقطع الغاصب
طرفها للمالك ان يضمه جميع قيمتها اى الواجب ههنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة
منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله
ان يمسك ويأخذ النقصان وفي المنتقى روي هشام عن محمد بن رجل قطع يد حمار او رجله
وكان لما بقي قيمته فله ان يمسك ويأخذ النقصان ثم قال فان ذبح حمار انسان ذبحا قتال
صاحبه اني اضمنه النقصان ولا اسلم الجلد اليه فان كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك وان
قتله فليس له ذلك قال هشام لان ذبحه بمنزلة الدباغ *

(قوله)

(كتاب الغصب فضعف ل فيما يتغير بعمل الغاصب)

والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين
وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان
محمد ارح جعل في الاصل قطع الثوب نقصا فاحشا والغائب به بعض المنافع *

قال ومن غصب ارضا فغرس فيها اوبنى قيل له اقلع البناء والغرس ورد ما لقوله عليه السلام

قوله والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة اختلف المتأخرون في الحد
الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم ان اوجب نقصان ربع القيمة نصاء دافه وفاحش
وان كان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير
وقال بعضهم ان الفاحش ما لا يصلح بعده ثوب او اليسير ما يصلح بعده ثوب ما ذكر في الاوهم ان
الخرق الفاحش في المخيط ان يستكف اوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق واليسير ضده وفي
غير المخيط وغير المنظوع ان لا يمكن ان يخاط منه ما يشتري لاجله الا بدراهم مستبين في غير موضع الدرر
واليسير ضده وذكر في الخصائص ان كان لا يحل لمنفعة اللبس فهو يسير وان كان يدخل لمنفعة اللبس
لكن يمكن اصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض
العين وجنس المنفعة بان كان يصلح للبقاء قبله وبعده لا يصلح له او يصلح للتميص مثلا وانما يفوت به
بعض العين من حيث الظاهر والغالب اذا اظهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شيء
لا محال ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل
فيه النقصان لان محمد ارح جعل في الاصل قطع الثوب نقصا فاحشا والغائب به بعض المنافع
في المبسوط ذكر محمد ارح في كتاب الغصب اذا غصب الغاصب ثوبا وقطعه قميصا فقبل
ان يخيطه جاء المالك فهو بالخيار ان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه
وضمنه جميع القيمة والثوب بعدما قطع قميصا بقي صالحا للقميص وان لم يبق صالحا للبقاء والساقط
من القيمة يكون اقل من الربع ومن النصف ايضا وقد اعتبره خرقا فاحشا حيث خير المالك فكان
الصحيح من التحديد على ما قاله محمد ارح ان يقال بان الخرق الفاحش ما يفوت به (بعض)

(كتاب الغصب: فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصرف مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيدومر الشاعل بتقريبها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذاك فللمالك ان يضم له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظر الهمما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يومر بقلعه لان حقه فيه اذا اقرار له فيه تقوم الارض بدمون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضم من فضل ما بينهما *

قال ومن غصب ثوبا صبغه احمر او سويقا فتدبس من قضا حبه بالخيار ان شاء صمغ قيمة ثوب الابيض وعتل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وخرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي ر ح في الثوب اصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخبرة لصاحب الثوب كونه صاحب الاعمال بخلاف الساحة بنى فيها بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير من الخرق ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيها نقصان *

قوله ليس لعرق ظالم بتوين عرق علمي وجه الصفة والموصوف ذكر في المغرب اي اذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا يستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن واول الحديث فيما ذكره في الفائق والعربيين من احب ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق ثم قال في العربيين قال هشام بن عروة وهو ان يجيء الرجل الى ارض قد احياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا يستوجب به الارض وفي الاوضح انه في بعض الروايات على الاضافة اي لغرس شجر ظالم **قوله** لانه حقه فيه اي لان حق الغاصب في بناء او شجر يومر بقلعه اذا اقرار له ومعرفة قيمته مقلوعا اي مأمورا بقلعه ان تقوم الارض مع الشجر المأمور ما لك بقلعه ويقوم وليس فيها هذا الشجر فصل ما بينهما هو قيمة الشجر المأمور ما لك بقلعه ثم قيمة المقلوع تريد من قيمة المأمور بقلعه لان المرئنة لحقت من قلع المقلوع دون القائم فازدادت قيمة المقلوع اذ لك * (قوله)

(كتاب الغصب فصل فيه ما يتغير بعمل الغاصب)

لان النقص له بعد النقص اما انصبغ في الاشئ وبخلاف ما اذا انصبغ به يوم الربح لانه لا جابة من صاحب الصبغ ايضا من الثوب فيتملكه صاحب الاصل انصبغ بال ابو عصمة ربح في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمة ابيض صاحب الصبغ به زاد الصبغ فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعايته الجانبيين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الاعمال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل بضمن قيمة السويق لان السويق يتناول بالقلب فلم يبق مثله بل المراد منه المنال سواء به لقيامه مقامه والصبغة كالحمرة والوصف بعد اسود وهو نقصان عند ابي حنيفة ربح عند فدا زيادة

قوله لان النقص له بعد النقص اي النقص من ثبوت المقروض كالخشب والاجر له اي للغاصب اما انصبغ في الاشئ ولم يحصل الغصب منه شيء لم يضر الغاصب بقاء صبغه كذا بنوت حقه اصلا **قوله** قال ابو عصمة ربح ما له في اصل المسئلة اي في ثوبه ومن غصب ثوبا فصبغه احمر وان شاء رب الثوب باعه **قوله** بقيمة ابيض وصاحب الثوب بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعايته الجانبيين في البيع لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الي صاحبه معنى ويضرب بقيمة الابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعايته الجانبيين في البيع لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الي صاحبه **قوله** ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اي يتأتى قول ابي عصمة فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا وقوله فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اظهر لانه اذا كان كذلك لا يكون له رلاية تضمين صاحب الصبغ على كره منه فعند امتناعه من تملك الثوب وتعذر تضمينه جبرا تعين البيع طريقا للوصول الي حقه اذ لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة فاما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقا للوصول الي حقه لان له تضمين الغاصب بالثوب الابيض **قوله** وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق اي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ الانصبغ (ا)

(كتاب الغصب فصل)

وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوب ينقص السواد فهو نقصان وان كان ثوب يزيد فيه السواد فهو كالحمة وقد عرفت في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبيغ الي عشرين فعن محمد ر ح انه ينظر الي ثوب يزيد فيه الحمة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبيغ *

فصل

ومن غصب عينا فعيها فله منه المالك قيمتها على ما هو وهذا عندنا وقال الشافعي ر ح لا يملكه الا ان الغصب عدوان محض فلا يقبل سببا للملك كما في المدبر اما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السوق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السوق وان شاء اخذها و غرم السمن واما اذكم السوق والسمن في الاختلاف بغير فعل احد فقد ذكر في الايضاح ان السمن لو اخلط بالسويق كان السوق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبيغ لان السوق اصل والسمن كالزابع لانه لا ينفك عن السوق ما تويت واما العسل والسمن فكلهما اصلان *

قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فانه اجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني امية فانهم كانوا يمنعون عن لبس السواد وهما اجابا على ما شاهد في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد **قوله** ولو كان ثوبا ينقصه الحمة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فراجعت بالصبيغ الي عشرين فعن محمد ر ح انه ينظر الي ثوب يزيد فيه الحمة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبيغ خمسة والخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بد الباقي من النقصان وهو خمسة والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله عدوان محض اي مافيه وجه اباحة فلا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعاً والتعدي لا يكون مشروعاً لان ادنى درجاته ان يكون مباحاً والتعدي لا يكون مباحاً وصار كغصب المدبر *

(قوله)

(كتاب الغصب فصل ب)

ولأنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه وفعلا المضر وعند خلاف
المال به لا نه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير باعتناء نكح البيع بعده يصادف القن *
قال ونقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكره ونقول قول
المكدم مع يمينه لأن يقيم المالك اليمينه = ثم من ذلك لأنه أنبته بالحجة المالزمة *

قال من ظهرت العين بقيمتها أكثر مما صحت وقد صحت بها بقول المالك أو يمينه أو بها أو بكون
الغاصب عن اليمين فإخراجه عن المال وهو الغاصب لأنهم له الملك بسبب اتصال برضاه المالك
حيث ادعى هذا المقدار **قال** فإن كان صحت بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى
الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العرض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي
الزيادة وأخذ ردونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين بقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه

قوله ولأنه ملك البدل بكماله أي رقبته وإذا فوجبه أن يزول ملكه عن المبدل
إلى ملك من وجب عليه البدل إذا كان المبدل محتسلا للنقل من ملك إلى ملك
دفعاً للمضرة وتحقيقاً للمبدل كما في سائر المبادلات وهذا لأن الضمان بدل العين حتى يتقدر بقيمة
العين والأصل في التضمن أن يجب بقدره فثبت أن العدل إنما يتحقق بإيجاب مثل الفات
فإذا ثبت له الملك في البدل إذا أجاز جعله متقابلاً بالأصل إذا تأخير زول ملكه عن المغصوب
شرط الحكم شرعي وهو الضمان لأنه شرع جبراً ولا جبر مع بقاء الأصل على ملكه إذ الجبر يعتمد
الغوات وشرط الشيء تابع له فصار حسناً بحسنه وانما قيم لو كان الملك يثبت بالغصب
قوله نعم قد يفسخ التدبير إلى آخره هذا جواب إشكال وهو أن يقال يمكن نقل المدبر أيضاً
بان بآءه وخاصمه المشتري بالتسليم وقضى القاضي بذلك فإن المشتري يأخذ المدبر فجاب
بان ذلك لا يكون نقل المدبر بل نقل القن لأنه يفسخ القاضي يعود إلى الرق **قوله** لأن
يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك فإن لم يكن للمالك بينة وجاء الغاصب ببينة أن قيمة
المغصوب كذا قال بعض مشائخنا ينبغي أن يقبل بيته الغاصب لاسقاط اليمين الأثرى (ان)

(كتاب الغصب ... فصل)

في هذا الفصل الاخير فكذاك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الترخي رح
انه لا خيار له لانه لم يتم رضاءه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لنوات الرضاء *

قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن
القيمه لم يحضر عتقه لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوت مستند اوضوح ورواية وان هذا يظهر
في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب *

ان المورد اذا ادعى رد الوديعه قبل قوله ولو اقام البيئه على ذلك قبلت بينته ومن المشائخ
من يفرق بين مسئلة الوديعه وبين هذه المسئلة وهو الصحيح *

قوله في هذا الفصل الاخير اي فيما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذاك الجواب
في ظاهر الرواية وهو الاصح اي فهو باختيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض
وقال الترخي لا خيار له لانه يوفى عليه بدل ملكه بكماله وجه ظاهر الرواية ان الخيار لنوات الرضاء
لم يتم حيث لم يعط ما يدعيه وجزان يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين ولا يكون مثله عنده
فلا يرضى به بدلا **قوله** لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوت مستند او الثابت بطريق الاستناد
ثابت من وجه دون وجه اوضوح اذ الدليل يابى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا
والملك نعدنا ثبوت الملك له ضرورة القضاء بالضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك
واحد والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد
لان الملك ثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس
بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت
الحكم في التبعية بثبوتها في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصودا بسببه او شرطا لغيره ولان
ملك الكسب اسرع نفوذا من ملك الولد بدليل ان الغاصب اذا اجر المغمصوب يملك
الاجر ولو اوتاه لا يملك والمالك الناقص يكفي لنفاذ البيع ولا يكفي للعتق كملك المكاتب
فان المكاتب يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه *

(قوله)

(كتاب الغصب فصل)

قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب اما تد في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها ما لملكها فيه منعها اياه وقال الشافعي ر ح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولما ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا ظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قل في الكتاب ذلك بان اقله اريد بحقه فاك، ارباعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن

قوله وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال اما الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فيدي ليست من فيل نداء المغصوب لانه لا يستقيم فيه الاستثناء بقوله الا ان يتعدى فيها او يطلبها صاحبها فيمنعها ما ذكرنا ان الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وان استهلكها لما انها عوض عن منافع المغصوب ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا فكذا بدلهما قال الشافعي ر ح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت كالسمن والجمال او منفصلة كالولد لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ولما ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا اي في اول الغصب بقوله وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فكان الاختلاف بيننا وبين الشافعي ر ح في الزوائد بمنية على الاختلاف في حد الغصب **قوله** ولو اعتبرت ثابتة اي لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبع المالك الام فانه ما اراد اليد التقديرية اذا ظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه **قوله** ارباعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كما لو باع الودبعة وسلمه وانما ذكر التسليم لان البيع والتسليم تفويذ يد المالك في الولد قلنا بل فيه تفويذ يده لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلو وجود التفويذ من هذا الوجه يكون ضامنا كذا في المبسوط * (قوله)

(كتاب الغصب فضائل)

من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا اهلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثره شائخنا راجح ولو اطلق الجواب فهو ضمان جنابة ولهذا يتكرر ينكرها وبجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الاب من اولى واخرى **قال** وما نصبت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمته الوادوء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه من الغاصب وقال زفر والشافعي راجح لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلاح جابر الملكة كما في واد الطيبة وكما اذا اهلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالوادوء وصار كما اذا اجر صوف شاة غيره او قطع فوائم شجر غيره او خصي عبد غيره او علمه المحرفة فاضاه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد

قوله من الارسال اي في الحرم **قوله** بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لان الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يظلمه برد الاصل مع زيادة التي ما منه فوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب لذلك **قوله** ولو اطلق الجواب اي لو قيل بوجود النقصان في واد الطيبة المخرجة من الحرم اذا اهلك قبل التمكن من الارسال في الحرم وبعد التمكن من الارسال فهو ضمان جنابة اي ضمان صيد الحرم ضمان اطلاق معنى الصيدية لانه بالحرم امن صيد او اذا في تنزهه وبعده عن ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحفوظة بالايدي فانما يجب الضمان فيها بتقويت الايدي لاثبات اليد عليها **قوله** ولهذا يتكرر ينكرها اي يتعدد بتعدد الجنابة كما اذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملا وقيل تكرر الجزاء بتكرر الجنابة وهو انه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ويحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجنابة التي هي الاخراج من الحرم **قوله** كما في واد الطيبة فان نقصان الطيبة المخرجة من الحرم لا ينجبر بالولد **قوله** وكما اذا ماتت الام اي الامة بالولادة **قوله** ولنا ان سبب الزيادة والنقصان وهو الولادة لانها وجبت فوات (جزء)

(كتاب العصب الثاني)

وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعرف ذلك لا بعد نقصانها فلا يوجب ضمانا وصار كما
إذا غصب جارية سميعة فذبحها ثم سقطت ثبته ثم نبتت أو قطع يد المغمصوب
في يده أو أخذ ارشدها أو أداه مع العبد تحتسب عن نقصان القطع وولد الطيبة
ممنوع وكذا إذا ماتت الأم وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم

جزاء من مالها الأصل وحدوث ماليتها لولاد لانسوان كان موحودا قبل الانفصال أم يكن مالا
حتى أم يجزى بعد ومجته وانما صار له الامتداد بالانفصال وإذا اتحد سبب الزيادة والنقصان امتنع
ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فانه يزيل المبيع من ملكه ويدخل الثمن في ملكه فلا يعود
نقصانا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يفرما شيئا *

قوله وهو الولادة أو العلوق على ما عرف أي عند أبي يوسف ومحمد ربح سبب النقصان الولادة
وعند أبي حنيفة ربح العلوق ويظهر ذلك فيما إذا غصب جارية فحملت عند الغاصب فولد لها
فماتت بالولادة فعندهما لا يضمن لأن سبب الهلاك الولادة وكان ذلك في يد المالك
ويضمن عند أبي حنيفة ربح لأن سبب العلوق وكان عند الغاصب وفعله على ما عرف
إشارة إلى هذا **قوله** وولد الطيبة ممنوع أي ينجر نقصان الطيبة بالولادة بقيمة الولد فلا يرد
بقتل ابن سلم فهذا الراد لا يصلح أن يكون خلفا عن الجزء الغائت لأنه مضمون بنفسه
فلم يجز أن يردى به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا **قوله** وكذا إذا ماتت الأم يعني إذا
ماتت الأم بالولادة وبقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة ينجر في رواية فلا يرد نقضا
قوله وتخريج الثانية أي تخريج الرواية الثانية في أنه لا ينجر وهي ظاهر الرواية أن الولادة ليست
بسبب لموت الأم غالب فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان فلم ينجر وفي المبسوط فإن ماتت الأم
بالولادة وبالولد وفاء بقيمة الولد في هذه المسئلة ثلاث روايات عن أبي حنيفة ربح أنه يبرأ بالولد
لأن وجوب الضمان على الغاصب أجبر أن يحق المغمصوب منه وذلك جاصل بالوفاء
في قيمة الولد وروي أنه ينجر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك (من)

(كتاب الغصب ... فصل)

اذ لا تقضي اليد غالباً بخلاف ما اذا امتلكت الولد قبل الرد لان الرد لا بد من رد اصله للبراءة فكذلك لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لان عدمه من بعض النسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان النطع والجزر وسبب الزيادة الندو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم *

من قيمة الام لان الولادة لا يوجب الموت او نقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام فلا يكون بسبب الولادة ورد القيمة بكون العين واورد عين الجارية كان النقصان منجبراً بالولد فكذلك اذا ارد قيمتها وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لانه لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتاً من اصله كما جرح اذا اتصل به هوق الروح يكون قبلاً من اصله لان يكون جرحاً ثم قبلاً بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجبة للزيادة وهذه الخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابراً للنقصان بالولادة *

قوله اذ لا تقضي اليد غالباً لا يقال افضت في هذه الصورة فيكون سبباً لاننا نقول الاصل هو النظر الى اوضاع اسباب التصرفات لا الى افرادها الا ترى ان الضمني لا يوهل للمطابق والعناق وان تحقق النفع في صورة لانهما في الاصل سببان للمضرة **قوله** لا بد من رد اصله للبراءة يعني الواجب عليه رد الاصل بالصفة التي اخذها وما ردّها بتلك الصفة وانما يكون تلك الصفة مع النقصان لوردها مع الولد الذي هو خلف عن النقصان فان لم يرد الولد الذي هو خلف عن النقصان لا يبرأ **قوله** والخصاء على فعال هو الصحيح لا يعد زيادة اي في القيمة لانها انما يتحقق لرغبة عامة الناس وهي ليست بمرغوبة عند العامة وانما هي رغبة بعض الجهال لظنهم ان الخصي كالمحرم ويظهر ذلك فيما اذا غصب غلاماً قيمته خمسمائة وخصاه فلما برأ صارت قيمته الفاقصا حبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته خمسمائة يوم خصاه وان شاء اخذ الغلام ولا شيء له فعلم بهذا انه لا اعتبار لزيادة القيمة بسبب الخصاء لانه لو كان له اعتبار لوجب على المالك ما زاد الخصاء فيه اذا اختار الاخذ كما في غصب الثوب وصبغه احمر وقول الشافعي رجح ان ملكه لا ينجر بملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلا نحتاج الى الجبر * (قوله)

(كتاب الغصب فصل)

قال

ومن غصب جارية فزني بها ثم ردّها فحبلت وماتت في نفاسها يضمّن قيمتها يوم عشت ولا ضمان عليه في الحرة هذا عند أبي حنيفة ر ح وقال لا يضمّن في الامنة ايضا لهما ان الرد قد صمّ والهلاك بعد بسبب حدث في يد المالك وهو الولاد فلا يضمّن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردّها فهلكت او زنت في يده ثم ردّها فحبلت فهلكت منه فكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق والتمن وله انه غصبها او ما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذاك فلم يوجد الرد على الرّحمة الذي احدث فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الحرة خطأ يرجع على الغاصب كمال التهمة كما عدا بخلاف الحرة لانها لو تفرّقت بالغصب ليمتنى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

قوله

ومن غصب جارية فزني بها ثم ردّها فحبلت اي ردّها فتبين انها حبلت **قوله** وماتت في نفاسها قيد بموت في نفاسها ليكون الموت في اثر الولاد **قوله** وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم هذا جواب عن قولهما وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل هو ممنوع ولئن سام فنتول ليس على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم لانه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو انه مال متّبرم وقد وجد ذاك لانه سلمه كما وقع عليه العقد لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف ولهذا لا يتبادلها شيء من الثمن وبسوتها في النفاس لا بعدم التسليم والواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك انما يتحقق في الرد كما قبض لان الاوصاف داخله في الغصب ولهذا لو غصب جارية سمينه فهزلت في يد الغاصب وردّها كذلك فانه يضمّن النقصان واذا دخلت الاوصاف في الغصب يكون الرد بدونها ردّا فسادا **قوله** وما ذكرناه شرط صحة الرد اي الرد على الوجه الذي اخذ شرط صحة الرد حيث غصبها ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل وردت وفيها ذاك * (قوله)

والزنا سبب لجلد مؤلم لا جرح ولا متلف فله يوجد السبب في يد الغاصب **قال** ولا يضمن الغاصب صانع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب جرم المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجمال المثل وان عطلها الاشئ عليه لانه المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب

قوله والى سبب لجلد مؤلم اي الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجلد الجرح ولا المتلف ولهذا يختار سوطا لا ثمرة له ولما جلدت في يده المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن **قوله** فلم يوجد السبب اي سبب التلف او الجرح في يد الغاصب ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب وبخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل باول الحمى عند الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده اما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الام لوادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب الاول **قوله** الا ان ينقص باستعماله انما ذكر الاستعمال لما ان الظاهر ان النقصان انما يحصل بالاستعمال لان الغالب ان الغاصب انما يغصب للاستعمال **قوله** ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها اي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي رح **قوله** لانه المنافع اموال متقومة وهذا لان المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ولهذا يصلح صداقا والمشروع هو الانتفاع بالمال الا يرى ان الاجارة من التجارة وهي مبادلة مال بمال والمأذون والشريك يملك الاجارة ولا يملك مبادلة مال بمال ليس بمال والايمان انما كانت اموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع ولهذا يقال مالية العين اذا قل الانتفاع به فاذا كانت الاعيان اموالا باعتبار منافعها فلان يكون المنافع اموالا بنفسها او اي وهي متقومة لان التقويم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبدلون الاعيان لاجلها الا ترى انها تقوم (١)

(كتاب الغصب فصل)

ولما انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى في ملكها دفعا لاحتجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا يبقاء لها ولا يبقا لتمامها لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عبرت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين *

الاعيان فاستحال ان لا تكون متقومة بنفسها ولان اعني ارض المال عن المنفعة صحيح شرعا والاعتياض عما ليس يستقوم لا يجوز كالخمر وحبه سمس *

قوله ولما انها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اي في تصرفه وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه في يده والكسب للكاسب لقوله عليه السلام كل الناس احق بكسبه واثمن سلعتنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا يبقى لا يتصور غصبه واستهلاكه واتلافه لان اتلاف الشيء او غصبه انما يرد في حال بقائه فلما لم يكن المانع باقية استحال اتلافها وغصبها ولانه اما ان يرد عليها الاتلاف قبل الوجود او في حال الوجود او بعد الوجود لا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم محال ولا الثاني لانه لو اعترض على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه ضرورة والاتلاف ابطال الوجود لا يمنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة في تلك الحال ولا يتصور اتلاف المعدوم **قوله** ولا انها لا تماثل الاعيان اي لا يمكن ان يضمنها لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين يبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى وجزاء سيئة سيئة مثلها وهذا لا يضمن الجيد بالردى وما قال الشافعي رح ان المنافع اموال متقومة فلما لا نسلم ذلك لان صفة المالمية للشيء انما يثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لاعن الانتفاع بالاتلاف لان الاكل والشرب لا يسمى تمولا لان (المال)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وإذا تلف المسلم خمر الذمي أو خنزيرة ضمن فإن تلفهما لمسلم أم يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا تلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي له أن يستطع تقويمهما في حق المسلم فكذلك في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بالتلف فيهما مال متقوم وهذا الضمان ولذا إن التقوم باق في حقهم إذا خمر أذم كاخل لنا والخنزير لهم كإشاة لنا ونحن امرأان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الانزاع وإذا بقي المتقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم يضمنه

المال اسم لما هو مخلوق لأقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التناول والادخار وقت الحاجة فالمنافع لا يبقى وقتين لأنها أعراض كما تخرج من جزار آدم إلى الوجود لا شيء فلا يتصور فيها التناول ونحن سلمنا أن لها حكم المال ليس لها صفة التقوم لأن التقوم لا يسبق الوجود لأن التقوم إنما يكون بعد الاحراز لا ترى أن الصيد والحشيش غير متقوم قبل الاحراز أن كان عبنا والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا يكون متقوما وإنما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار إقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة وبطلت المقاييس لأن الرضاء اثر في إيجاب الأصول والفصول جميعا فالمال يجب بالشرط مقابلا بغير مال ويجوز بيع عبد قيمة ألف بالوف وشيء من ذلك لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم إلا بوصف به يقع الفرق بين الأعمال والفرع فهو باطل والله أعلم بالصواب *

فصل في غصب ما لا يتقوم

قوله إذا خمر لهم كاخل لنا وهذا لأن الخمر مال متقوم في حق أهل الذمة لأنها كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والأصل أن ما ثبت يفي إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل (أ)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر
وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملكها لكونه اعزازها بخلاف ما اذا جرت
المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه
مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لاننا ماضينا لهم ترك التعرض للمنافة من
الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة *
قال فان غصب من مسلم خمر افخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخمر بغير شيء
ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالانتقال من الشمس
الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بالقيمة كالنخع والعنص ونحو ذلك

السياق والسباق فبقي في حق من لم يكن يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان قبل
لان حرمة العين وفساد التقوم ثمة بخطاب الشرع وقد امرنا ان نتركهم وما يدبرون لمكان
عند الدمة فقصر الخطاب حيث لم يعتقد وارسالة المبلغ وانقطعت ولاية الالتزام بالسيف
او المحاجة لمكان عند الدمة فصار كان الخطاب غير نازل في حقهم بمعنى الحكم على ما كان *

قوله بخلاف الميتة والدم المراد بالميتة هي التي ماتت حثف انفها حتى لو ماتت بالضرب
او بالخنق يضمه المسلم عند ابي حنيفة رح خلافا لمحمد رح **قوله** بخلاف الربوا لانه مستثنى
عن عقودهم فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربوا لاننا لم نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع
قول رسول الله عليه السلام الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم
في الاعتقاد لادبانه فقد ثبت بالنص حرمة الربوا في اعتقادهم قال الله تعالى وَاَخَذَهُمُ الرَّبُّ
وَقَدْ نَهَوْا عَنْهُ **قوله** وبخلاف العبد المرتد للذمي فانه يقتل لاننا ماضينا لهم ترك التعرض له اي
للعبد المرتد لهم لما فيه من الاستخفاف بالدين **قوله** وبخلاف متروك التسمية اي عمدا اذا كان
لمن يبيحه وهو الشافعي رح ومن تابعه يعني لو اتلف متروك التسمية عمدا على قول الشافعي رح
لا يضمن فان ولاية الالتزام بالمحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص ان متروك (التسمية)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب فكان بمنزلة غلبه اياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه ويبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلا نه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالا تلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبره ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبيغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعائر وبهذا فارق الهلاك بنفسه

التسمية عمد احرام ليس بمال فلذلك لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان *

قوله والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه وهذا لان نجاسة الخمر قابلة للزوال لانها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير ان تقوم بها شيء من ملكه فصارت التخليل كغسل الثوب النجس ومن غصب ثوبا نجسا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا هنا وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب ابي الدباغ بما له قيمة **قوله** ويبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ لانه لا يكون لجلد الميتة قيمة فتقوم ذكيا لذلك قال القدوري انما يكون لصاحب الجلد اذا اخذ الدباغ الجلد من منزله فاما اذا القى صاحبه في الطريق فاخذ رجل جلد هاود بغه فليس للمالك ان يأخذ الجلد وعن ابي يوسف رحمه الله له ان يأخذ في هذه الصورة ايضا كذا في الذخيرة **قوله** اما الخل فلا نه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم لان العصير كان مالا متقوما له فاذا صار خمر اصار غير متقوم (ولكونه)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

وقوله ما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده بطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه ولذا ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه متقوم ولا استعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حاله الجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه ينفع المالك والجلد غير تابع للصنعة في حق المالك ثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والشرب لان التقوم فيهما كانت ثابتا قبل الدباغ والصيغ فام يمكن تابع للصنعة او كان قائما بايراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قال ليس لذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وميل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح. عندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بينا واثم قال يضمنه جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه

واكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه ولهذا لو غصب خمر انسان فللمالك ان يستردها فعلم ان المالك لا يفتقر الى التقوم فاذا زالت صنعة النجاسة عاد متقوما كما كانت لان التقوم يثبت الآن *

قوله وقوله ما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان قضي لاحد هما بالدرهم والآخر بالدينار ان الناصي يقضي بما يشترى به في الاسواق وبيع **قوله** فاراد امالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه اي فيما اذا دبعه بما له قيمة **قوله** بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة اي للثوب قيمة **قوله** لانه اذا تركه عليه وضمنه اي ام يأخذه براد قيمة الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذكي عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك **قوله** ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ اي على قولهما لان الكلام فيما اذا دبعه بشيء له قيمة وفيه النصيبين عندهما *

(قوله)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

كما في الاستهلاك وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولود بغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لما لكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهر غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمه وحده الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تقدر عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة روح صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بغزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطى مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وضمه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمه عند ابي حنيفة روح خلاهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد روح انه صارت خلا من ساعته تصير ملكا للغاصب ولا شيء له لانه استهلكه غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة روح هو للغاصب في الوجهين فلا شيء له عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه

قوله كما في الاستهلاك يعني مسألة الاستهلاك التي تقدم ذكرها ان عنده لا يضمن وعندهما يضمن **قوله** قالوا عند ابي حنيفة روح صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه لانه استهلاك **قوله** فهو على ما قيل وقيل اي على القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكر قيل هذا بقوله ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمه قيمته قيل ليس له ذلك * وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة روح وعندهما له ذلك ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد روح ان صارت خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين حقه بواسطة ذلك الفعل لان اعدام الذوات ليس في قدرة البشر ولا كبد لك اذا نخلت بعد ساعته لانها بالانتفاء لم يصير مستهلكا لبقائها على حالها * (قوله)

(كتاب الغصب فضئل في غصب ما لا يتقوم)

وعند محمد ر ح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشائخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان المالك يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشائخ وقد اثبتناها في كفاية المتهمي *

قال ومن كسر لمسلم بربط او طبلا او زممارا ارد فاقوا اراق له سكرا او مصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد ر ح لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهوناما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالانقلاب من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للذي من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخ وهو الباق عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمن والبيع لهما ان هذه الاشياء احدثت للمعصية فبطل تقويمها كالخمر ولا تدفع له اذ لم يصير امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه

قوله وعند محمد ر ح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول اي فيما اذا صار دلا من ساعته لما بينا اي انه يصير ملكا للغاصب **قوله** في الوجوه كلها اي فيما اذا صار خلا للقاء المالك او بالقاء الخل من ساعته او بعد زمان **قوله** وقد كثرت في اقوال المشائخ بعضهم قالوا المخلوط ههنا مشترك بالاجماع لان عنده انما ينقطع حق المالك بالاستهلاك اذا ضمنه باخلط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلط بمثله من ماك نفسه فاذا لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع وجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشترك كالمكيل اذا اخلط بنفسه بمكيل آخر لغيره **قوله** وهو بامر الشرع قال عليه السلام بعثت لكسيرا لمز امير وقتل الخنازير وقال اذا رأى احدكم منكرا فليذكره وان لم يستطع فليسانه وان لم يستطع فليقلبه * (قوله)

الانحلاط الواقعة في الهداية والكفاية



صفحة	سطر	غلط	صحيح	صفحة	سطر	غلط	صحيح
٩	٨	او يقول انى البائع	—	١٠٧	١	رسول	رسول الله
٢٩	٢٠	تله	ثلثة	١٠٨	٢١	على	علي
٣٨	١٢	يتمكن	يتمكن	١١٦	١٨	كان	كانت
٤٧	١٦	لم يندد	لم يندد	١٢١	١٣	بينما	نبيين
٥٥	١٢	والعروض	والعروض	١٢٢	٥٨	المشوي	المشوي
٥٦	١	وجه	وجه	١٢٧	١٧	يرجج	يرجج
٦٣	١١	قبايل	قبايل	١٣٣	١٠	الذبي	الذبي
٧٧	٩	معناة	معناة	١٤٥	٨	باعتيار	باعتيار
٧٩	٢	خصما	خصما	١٤٥	١٢	ح	رح
٨٣	٢	انتبض	انتبض	١٤٨	١٣	برقيته	برقيته
٨٥	١٣	واجته	واجته	١٦٤	٢	قي	قي
٨٨	٢٠	الانتقاع	الانتقاع	١٧٢	٥	سيدل	مئل
٩٣	١٧	عزرا	عزرا	١٧٩	٢	آحاده	آحاده
٩٤	١٦	محوز	محوز	١٨٤	١	اندفعت	اندفعت
٩٥	٢	مجدود	مجدود	١٨٤	١٢	يثبت	يثبت
٩٥	٧	مجدود	مجدود	١٨٦	٤	معناة	معناة
٩٧	٢١	لكلا	لكلا	١٩٢	١٥	جانبه	جانبه
١٠٢	١٣	ابيدوسف	ابيدوسف	١٩٣	٥	يثيب	يثبت
١٠٣	٤	السفى	السفل	١٩٤	٢	المعني	المعنى
١٠٦	١٨	صاحبه	صاحبه	١٩٥	٢	ثم	ثم

صحيح	علط	صفحة	سطر	صحيح	علط	صفحة	سطر
الله	الله	٢٩٣	١٢	زاد	زاد	١٩٥	٥
لا يبرأ	لا يبرأ	٣٠٠	٦	فكتبوه	فكتبوه	١٩٩	٢
ولا بينة	ولا بينة	٣٠٣	١	يجذاحيه	يجذاحيه	١٩٩	١٥
يستقى	يستقى	٣٠٦	٣	الحصير	الحصير	١٩٩	٢١
مذاذيا	مذاذيا	٣١٠	٢١	من قبل	من قبل	٢٥٧	١٠
ظاهرة	ظاهرة	٣١١	٨	بغيرها	بغيرها	٢٥١	٥
اقر	قر	٣١١	٢١	الجزر	الجزر	٢٥٦	١٨
ليظهر	ليظهر	٣١٥	١	المناضة	المناضة	٢٢٠	٥
آخرة	آخرة	٣١٦	١٥	المناضة	المناضة	٢٢١	٩٦
فصار	فصار	٣١٨	١٠	يبنى	يبنى	٢٢٢	١٤
يقبله	يقبله	٣٢٠	٦	يوافق	يوافق	٢٢٥	٢٠
لم يحضره	لم يحضره	٣٢٢	٩	رحمها	رحمها	٢٣٢	٦
فكينئذ	فكينئذ	٣٢٢	١٣	قيعابر	قيعابر	٢٣٣	٥
ترتابوا	يرتابوا	٣٢٣	٨	بالشراء	بالشراء	٢٣٦	١
بيع	ابيع	٣٢٣	١٣	الزيادة	لزيادة	٢٤٨	١٤
جعدني	جعدني	٣٢٦	١٩	رحمها لله	رحمها لله	٢٤٣	١
اثبات	اثبات	٣٣٧	٣	رائجة	رائجة	٢٤٣	٩
المحتجب	المحتجب	٣٤٠	٨	ذخابه	ذخابه	٢٥٨	٢١
ادعى	ادعى	٣٤٠	١٠	كقوله	كقوله	٢٦٨	٢
الى	لي	٣٤٢	٥	وكذا	وكذا	٢٧١	٢
استحقاق	استحقاق	٣٤٤	٧	رحمه	رحمها	٢٧٧	١٤
غريما	غيروما	٣٤٦	٢	رحمها	رحمها	٢٨١	١٤
شراء	شرائه	٣٤٧	١٣	للمشترى	للمشترى	٢٨٢	٦
غريم	غريم	٣٤٧	١٤	تم	تم	٢٨٨	٧
اوصل	اوصل	٣٥٢	١				

To: www.al-mostafa.com